Die Aufhebung eines Ehescheidungsurteils infolge einer Restitutionsklage, insbesondere im Falle der anderweitigen Verheiratung des Geschiedenen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Siegmund Rabski

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1908.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Brie.

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Gang der Untersuchung 1

I. Gegenstand der Aufhebung.

Ist der Scheidungsprozeß eine Untersuchung und Entscheidung über:

§ 2. 1. Die herbeizuführende Änderung? 3

§ 3. 2. Einen Anspruch im Sinne von § 194 BGB.? 6

§ 4. 3. Ein Recht auf Feststellung? 11

4. Ein Recht auf Rechtsänderung (Konstitutivklage)?

§ 5. a) Allgemeines 15

§ 6. b) Das Scheidungsrecht ein Recht des rechtlichen Könnens 17

§ 7. c) Dessen Realisierung 19

§ 8. d) Der feststellende Teil des Scheidungsurteils 24

II. Das aufhebende Urteil.

§ 9. 1. Das Recht auf Aufhebung 26

§ 10. 2. Das Wesen der Rechtsmittelklagen 28

III. Begriff der Rückwirkung bei der Aufhebung.

§ 11. 1. Kann die Rückwirkung eine Feststellung sein, daß die Ehe nur scheinbar bestanden habe? 31

§ 12. 2. Beruht das Wesen der Rückwirkung darin, daß sie einen rechtlichen Schwebezustand beseitigt? 33

3. Die rückwirkende Kraft der Aufhebung.

§ 13. a) Aufhebung durch Willenserklärung 40

b) Aufhebung durch gerichtliche Entscheidung

§ 14. aa) Von Privatrechtsakten 43

bb) Von konstitutiven Staatsakten.

§ 15. 1. In der freiwilligen Gerichtsbarkeit 47

§ 16. 2. Im Prozeß erlassene Beschlüsse und Verfügungen 50

§ 17. 3. Urteile 53

IV. Grenzen der Rückwirkung.

§ 18. 1. Frage nach der Billigkeit 57

§ 19. 2. Die Ansicht Hellwigs 59

§ 20. 3. Ist der Grundsatz über den Schutz von Rechten Dritter auf familienrechtliche Verhältnisse anzuwenden? . . . 66

§ 21. 4. Gültigkeit der ersten Ehe 69

§ 22. 5. Bestätigung der getroffenen Entscheidung 72

§ 23. V. Schluß 74

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545318_0076

§ 1.

Gang der Untersuchung.

Der Abhandlung liegt folgender Fall zugrunde: Es ist mit Rechtskraft eines ergangenen Ehescheidungsurteils die Ehe gemäß § 1564 BGB. aufgelöst. Daraufhin hat einer der Geschiedenen anderweitig geheiratet. Wegen Vorliegens eines Restitutionsgrundes — etwa weil ein Zeuge falsch geschworen hat — wird nunmehr das Urteil, das die erste Ehe aufgelöst hatte, aufgehoben und die Klage auf Scheidung abgewiesen.

Als Folge hiervon erscheint nun dreierlei möglich:

Man könnte einmal annehmen, daß nunmehr, weil das Gesetz für diesen (wie vorauszuschicken ist, seltenen) Fall keine positive Bestimmung getroffen hat, solche sich auch im Wege der Analogie nicht finden läßt, zwei rechtsgültige Ehen bestehen. So unannehmbar dies auch erscheinen mag, wir finden diese Ansicht vertreten.[1])

Natürlicher und dem allgemeinen Rechtsempfinden mehr entsprechend erscheint im Gegensatz zu der eben erwähnten Ansicht diejenige Schlußfolgerung, die die frühere Ehe wieder aufleben läßt. Ist die erste Ehe zu Unrecht aufgelöst worden, so verlangt es die Billigkeit, daß dieses Unrecht, wenn das Gesetz einen entsprechenden Rechtsbehelf gewährt, beseitigt wird und die Rechtsbeständigkeit der ersten Ehe nunmehr wieder anerkannt wird. Hierbei werden allerdings die Interessen des Ehegatten der zweiten Ehe nicht berücksichtigt.

So kommt man schließlich auf die dritte Möglichkeit, die Anerkennung der Gültigkeit der neuen Ehe. Hinzuweisen wäre da auf die analoge im Bürgerlichen Gesetzbuch getroffene Be-

[1]) Rechtsanwalt Friedrichs in der DJZ. Jahrg. 1899 S. 18.

stimmung, daß, im Falle eine Todeserklärung durch Anfechtung wieder beseitigt wird, trotzdem die neue Ehe gültig bleibt. Dabei wäre in Betracht zu ziehen, daß in diesem Falle dem angefochtenen Staatsakt nur eine Vermutung des Todes zugrunde liegt und die Rechtswirkungen erst an den tatsächlich nicht eingetretenen Tod geknüpft werden, in unserem Falle aber die Wirkungen an das Ehescheidungsurteil bezw. an den Eintritt von dessen Rechtskraft geknüpft sind und diese tatsächlichen Vorgänge wirklich stattgefunden haben. Die Ehe ist in rechtsgültiger Weise aufgelöst worden. Der Ehegatte, der auf diese mit staatlicher Garantie ausgezeichnete Tatsache vertraute, kann verlangen, daß Handlungen, die er auf Grund dieses Staatsaktes vornahm, auch rechtsbeständig bleiben. Der Staat, der mit Beendigung der Ehe die Möglichkeit einer anderweitigen Eheschließung gegeben hat, darf die gesetzte Bedingung nicht nachträglich wieder beseitigen.

Die Frage, deren Beantwortung uns die Würdigung der eben geschilderten Ansichten ermöglichen soll, ist die, in welcher Weise die Aufhebung eines Urteils infolge Restitutionsklage vor sich geht.

Es ist selbstverständlich und bedarf nicht der näheren Prüfung, daß zwei Urteile nicht nebeneinander bestehen können, daß das erste Urteil dem im späteren Restitutionsverfahren ergehenden zu weichen hat, daß es aufgehoben wird. Diese Aufhebung kann jedoch in zweierlei Weise vor sich gehen. Entweder wird festgestellt, daß das Scheidungsurteil zu Unrecht ergangen ist, daß es, weil aus dem objektiven Rechte nicht folgend, nichtig war, oder das Restitutionsurteil tritt an die Stelle des früher ergangenen Urteils.

Im ersten Falle käme dem aufhebenden Urteil eine rein deklaratorische Bedeutung zu, im zweiten wäre es konstitutiv mit rückwirkender Kraft. Die Aufhebung in der Form der Feststellung, daß das frühere Urteil zu Unrecht ergangen war, muß zu der Konsequenz führen, daß es auch keine Wirkungen auszuüben vermag, insbesondere keine Rechtsverhältnisse (Ehe) auf Grund des aufgehobenen Urteils zur Entstehung gelangen konnten. Es wohnte ihm die Unwirksamkeit inne, das auf-

hebende Urteil stellt dieses fest. Anders, wenn das Restitutionsurteil an die Stelle des Scheidungsurteils tritt. Hier ist die Ehe tatsächlich gelöst worden; sie bleibt es auch bis zur Rechtskraft des Aufhebungsurteils.

Es ist nunmehr der von Hellwig angeregten materiellrechtlichen Frage näherzutreten, ob nicht auch im Bürgerlichen Gesetzbuch der Grundsatz anerkannt ist, daß auf Grund jenes zur rechtlichen Entstehung gebrachten Aktes (Scheidung) erworbene Rechte Dritter gültig bleiben, insbesondere ob der Grundsatz über die Grenzen der Rückwirkung auch auf familienrechtliche Verhältnisse auszudehnen ist.

Diesem Hauptteile unserer Arbeit wird vorauszuschicken sein eine Prüfung des aufhebenden Urteils und des Gegenstandes der Aufhebung, des Objektes, auf das die Kraft des Restitutionsurteils einwirken soll. Zu diesem Zwecke haben wir zunächst die rechtliche Natur des Scheidungsurteils zu untersuchen. Hierbei wiederum ist ein näheres Eingehen auf diejenigen prozessualen Vorgänge notwendig, die dem Erlaß des Urteils zeitlich vorangingen und dieses bedingten, nämlich den eigentlichen Rechtsstreit im Ehescheidungsprozeß.

I. Gegenstand der Aufhebung. Ist der Scheidungsprozeß eine Untersuchung und Entscheidung über:

§ 2.

1. Die herbeizuführende Änderung?

Die Tätigkeit der Parteien im Ehescheidungsprozeß erstreckt sich auf den Nachweis des Vorhandenseins eines in den §§ 1564 bis 1569 BGB. dem Tatbestande nach bestimmten Scheidungsrechtes. Und zwar sind, wenn Beklagter Widerklage erhoben hat, auch die von diesem geltend gemachten Scheidungsgründe nach ihrem Begründetsein hin vom Richter zu untersuchen. Dies setzt § 1574 Abs. 2 BGB. mit den Worten „wird auch die

Widerklage für begründet erkannt“ als selbstverständlich voraus. Tritt nun der Fall ein, daß von beiden Parteien, Kläger wie Widerkläger, Scheidungsgründe erwiesen sind, so wird trotzdem die Scheidung selbstverständlich nur einmal ausgesprochen.[1]) Der Ausspruch dieser Rechtsänderung ist der Zweck des Scheidungsprozesses. Er kann nicht erreicht werden, wenn das Vorhandensein des Scheidungsrechts zur Zeit der Urteilsfällung nicht bewiesen und für begründet erkannt ist. Diese Unterscheidung vom Gegenstand und Zweck des Zivilprozesses sprechen dagegen, als Gegenstand des Scheidungsprozesses die herbeizuführende Änderung anzunehmen.[2])

Gegen diese Ansicht erheben sich weitere Bedenken, wenn man der Frage näher tritt, was vom Urteil in Rechtskraft übergeht. Sieht man als Gegenstand des Scheidungsprozesses die herbeizuführende Rechtsänderung an, so muß man auch nur die diesbezügliche richterliche Feststellung in Rechtskraft übergehen lassen. Damit werden aber die Rechtskraftwirkungen illusorisch gemacht. Es beansprucht jede, auch die durch Willenserklärung erfolgende Rechtsänderung allgemeine Anerkennung. Dies folgt aus dem Begriffe des subjektiven Rechts (vgl. S. 18). Deshalb muß man als Gegenstand richterlicher Feststellung und materieller Rechtskraft nur etwas außerhalb des Urteils Liegendes ansehen, nämlich das Recht auf Rechtsänderung.[3])

Auch § 1574 BGB. ist gegen diese Meinung anzuführen. Hat das Gericht, was § 1574 BGB. voraussetzt, auch das vom Widerkläger geltend gemachte Scheidungsrecht nach seinem Begründetsein zu untersuchen, so ist, weil für die Rechtsänderung das Vorhandensein eines Scheidungsgrundes genügend ist, nicht die Untersuchung und Entscheidung über die Rechtsänderung, sondern über jedes geltend gemachte Scheidungsrecht Prozeßgegenstand.

Diese namentlich von Kisch vertretene Ansicht ist be-

---

[1]) So Kohler, Prozeßrechtl. Forschungen, Berlin 1889, S. 106.

[2]) So Kisch, Beiträge zur Urteilslehre 1903 S. 71; gegen ihn (wie im Text) Hellwig, DJZ. 1904 S. 835 Anm.

[3]) s. Nußbaum, Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, in Fischers Abhandlungen Bd. 17 Heft 1 S. 37.

einflußt von seiner in der „Urteilslehre“ entwickelten Theorie, daß es neben Leistungs-, Feststellungs- und konstitutiven Urteilen noch „auslösende“ und „festsetzende“ Urteile gebe. Diese Vierteilung ist nicht anerkannt. Daß die Frage aus § 1612 Abs. 1 BGB. die Veranlassung dazu nicht zu bieten vermag, ist von Seckel[4]) bewiesen.

Seiner Beweisführung ist zuzustimmen. § 1612 Abs. 1 gewährt demjenigen, der durch Leistung einer Geldrente Unterhalt zu gewähren hat, die Möglichkeit, anstatt der Geldrente Unterhalt in anderer Art zu gewähren, wenn besondere Gründe dies rechtfertigen. Gestattet der Unterhaltsberechtigte die Gewährung der Rente in Natur, so steht § 1612 Abs. 1 BGB. dem nicht entgegen. Jedenfalls kann in dieser Bestimmung, wie dies Kisch[5]) ganz allgemein annimmt, nicht die Bestimmung erblickt werden, daß der Unterhaltspflichtige eine besondere obrigkeitliche Genehmigung zu dieser Vergünstigung haben müsse. Von einer richterlichen Erlaubnis kann auch in dem Falle keine Rede sein, wenn der Unterhaltsberechtigte die Leistung in Natur nicht gestattet hat und der Schuldner dies durch Klage „verlangt“. Das ergehende Urteil ersetzt die zustimmende Willenserklärung des Rentenberechtigten. Es handelt sich also um eine Klage aus § 894 ZPO. und keine besondere Klagart im Sinne von Kisch.[6])

Für die Anerkennung dieser Urteile sprechen auch weder praktische noch theoretische — eine bessere Systematik ermöglichende — Gründe.

Zu verwerfen ist auch Degenkolbs[7]) Ansicht, der die Scheidungsklage als keine privatrechtliche ansieht. Er bezeichnet sie ohne weitere Begründung als eine überhaupt nicht echt „zivil“prozessualische. Zu erklären ist diese Meinung mit einer ausschließlichen Betonung der Rechtsänderung, während dem das

---

[4]) Seckel in der Festgabe für Koch S. 240; vgl. auch Seuffert bei Busch Bd. 33 S. 387 ff.; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 4 S. 232.

[5]) a. a. O. S. 144.

[6]) Wie hier Seckel a. a. O. S. 240.

[7]) Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm, Leipzig 1877. S. 57 Anm. 1 und S. 66 Anm. 2.

Vorhandensein des Scheidungsrechts feststellenden Teil jede Bedeutung genommen wird.

§ 3.

2. Einen Anspruch im Sinne von § 194 BGB.?

Für die Beantwortung der Frage, worauf die Untersuchung und Entscheidung im Scheidungsprozesse sich bezieht, gibt das Gesetz Anhaltspunkte.

Es führt in den §§ 1564—1569 BGB. eine Reihe von Tatbeständen an, auf die eine Scheidungsklage gestützt werden kann, und bezeichnet sie als Scheidungsgründe. Ihnen entspringt das „Recht auf Scheidung".[1])

Es ist bei der genauen Durcharbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Bezug auf die unterschiedliche Bezeichnung der einzelnen Rechtsbegriffe von Bedeutung, daß das Gesetz in diesem Falle des im § 194 BGB. definierten Anspruchsbegriffes keine Erwähnung tut.[2])

Wir finden jedoch die Ansicht vertreten, daß durch die Ehescheidungsklage ein materieller Anspruch im Sinne von § 194 BGB. geltend gemacht wird.[3])

Es kann nun hier zwecks Prüfung dieser Ansicht auf den Anspruchsbegriff nicht eingegangen werden. So viel darf jedenfalls mit der herrschenden Meinung angenommen werden, daß unter Anspruch das Recht auf ein positives Handeln, das Recht auf Leistung (wie dieses Wort im gewöhnlichen Sprachgebrauch zu verstehen ist) gemeint ist. Anspruch ist somit identisch mit Forderung,[4]) wobei allerdings wieder der Ausdruck abweichend

---

[1]) Die Terminologie ist keine einheitliche. So sprechen Nußbaum, Die Prozeßhandlungen S. 37 und Oetker in der DJZ. Jahrg. 1904 S. 1030 ff. von Ansprüchen auf Rechtsänderung. Es ist damit jedoch ein Recht auf Rechtsänderung (Kannrecht) gemeint.

[2]) vgl. auch § 616 ZPO.

[3]) vgl. die Literaturangabe bei Langheineken, Urteilsanspruch, Leipzig 1899, S. 234.

[4]) Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 94; Hellwig, Anspruch und Klagrecht, in Fischers Abhandlungen Bd. 5 Heft 1.

vom Bürgerlichen Gesetzbuch angewandt ist, so daß auch dingliche Forderungen zu subsumieren sind.

Nun können nach der Theorie des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 194) Ansprüche sich auch auf Rechte beziehen, die auf ein Unterlassen gerichtet sind. Damit umfaßt der Anspruchsbegriff einen viel weiteren Kreis von Rechten, als eben ausgeführt. Der Grund dafür ist der, daß im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch das Unterlassen eine Leistung ist (§ 241 Satz 2). Mit dieser Auffassung vom Leistungsbegriff verstößt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht nur gegen den allgemeinen Sprachgebrauch, der mit dem Worte Leistung stets eine positive Betätigung des Leistenden verbindet, sondern zugleich gegen seine eigene Grundlage. Freilich sind die Meinungen hierüber sehr geteilt.[5])

Zunächst ist in dem ganzen Abschnitt über Verjährung, in den die auf sämtliche Teile des Bürgerlichen Gesetzbuchs anzuwendende Legaldefinition des Anspruchs geraten ist,[6]) in erster Linie an Ansprüche gedacht, die auf ein Handeln des Verpflichteten gerichtet sind. Für die Unterlassungsansprüche werden vielfach besondere Regeln statuiert. Dies gilt insbesondere bei den Bestimmungen über den Beginn der Verjährung, und mit Recht fragt Fischer,[7]) „warum man dem Anspruch gerade bei der Bestimmung des Gegenstandes der Verjährung zunächst eine unnatürliche Ausdehnung gebe, um dann im weiteren die durch diese unnatürliche Ausdehnung hinzugekommenen Dinge wieder von der Verjährung auszunehmen".

Gegen den der Anspruchstheorie des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugrunde liegenden Leistungsbegriff erhebt sich der weitere Einwand, daß man ohne die Definition des § 241 BGB. den Leistungsbegriff aus dem allgemeinen Teil des zweiten Buches in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Sprachgebrauch statuieren mußte. Dafür spricht der Umstand, daß bei den Rechtsinstituten des Zurückbehaltungsrechts, des Gläubiger- und Schuld-

---

[5]) vgl. Lehmann, Unterlassungspflicht im bürgerl. R., München 1906; Eltzbacher, Die Unterlassungsklage, Berlin 1906; A. Stephan, Die Unterlassungsklage, München 1908.

[6]) Mot. Bd. 1 S. 291.

[7]) Recht und Rechtsschutz S. 83.

nerverzugs, der Hinterlegung und Aufrechnung ein Unterlassen als Leistung überhaupt nicht in Frage kommen kann, daß im übrigen die Bestimmungen über Schuldverhältnisse im allgemeinen, abgesehen von den Sonderregeln der §§ 339, 358 BGB., Rechte auf Unterlassung nicht berücksichtigen. Man kann Unterlassungen weder bewirken, noch leisten, noch die Zwangsvollstreckung auf sie richten (vgl. besonders die §§ 242, 262, 264, 275 u. a.).[8])

Schließlich bleibt darauf hinzuweisen, daß die Realisierung der Unterlassungsansprüche sich von der prozessualen Geltendmachung der eigentlichen Leistungsansprüche bedeutend unterscheidet.

Wann auf Unterlassung geklagt werden kann, bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch (vgl. die §§ 12, 862, 1004, 1017, 1027, 1053, 1065, 1068, 1085). Es gewährt diese Klage, wenn absolute Rechte gestört werden und weitere Beeinträchtigungen zu befürchten sind.[9]) Die zu der Unterlassung verurteilende Entscheidung unterscheidet sich von den sonstigen Leistungsurteilen in der Vollstreckungsinstanz. Die Unterlassung kann überhaupt nicht erzwungen werden. Deshalb handelt es sich lediglich um einen indirekten Erfüllungszwang, wenn nach § 890 ZPO. für den Fall der Zuwiderhandlung Geldstrafe oder Haft angeordnet werden kann. Der Schuldner, der die Strafe zu erwarten hat, der event. bereits hat Sicherheit leisten müssen, wird in der Regel der Verurteilung zur Unterlassung Folge leisten.[10])

Tut er das nicht, dann kommt die Strafe nur als Reaktion gegen die Zuwiderhandlung in Frage. Insoweit kann von einer Vollstreckungsmaßregel überhaupt nicht die Rede sein.

Diese grundsätzliche Verschiedenheit der Unterlassungs- und positiven Leistungsansprüche zwingt dazu, bei der Erörterung

---

[8]) vgl. Fischer, Recht und Rechtsschutz, in Bekker und Fischers Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entw. eines BGB. Heft 6 S. 82.

[9]) vgl. Mot. Bd. 1 S. 367.

[10]) Deswegen bleibt das Unterlassungsurteil ein Leistungsurteil. Mit dem Begriff des Feststellungsurteils wären diese Wirkungen unvereinbar.

des Anspruchsbegriffs von den Rechten auf Leistung im engeren und eigentlichen Sinne des Wortes auszugehen.

Prozessualisch ist der materiellrechtliche Anspruch im Wege der Leistungsklage durch Leistungsurteil und Zwangsvollstreckung zur Geltung zu bringen. Es ist ein Urteil erforderlich, daß Beklagter, gegen den der Anspruch sich richtet, zu dieser Leistung verurteilt wird. Somit werden die Anhänger der Theorie, nach der ein materieller Anspruch der Scheidungsklage zugrunde liegt, eine Verurteilungsklage annehmen. Dagegen ist nun die unzweideutige Vorschrift des § 1564 BGB. anzuführen: „Die Scheidung erfolgt durch Urteil". Darin liegt die prozeßrechtliche Bestimmung, daß das Urteil keine Verurteilung auszusprechen habe, sondern daß dessen Formel zu lauten hat: die Ehe wird geschieden. Materiell bezweckt diese Vorschrift (wir finden sie bereits in §§ 1440 1. Entw. und 1459 2. Entw.) die grundsätzliche Ausschließung der Scheidung ex consensu.

Berücksichtigt man weiter die Vorschriften des Bundesrats v. 25. 3. 1899 § 25,[11]) daß zum Zwecke der in § 55 d. Ges. v. 6. 2. 1875 erforderten Eintragung im Heiratsregister die Staatsanwaltschaft, nicht etwa die obsiegende Partei, eine mit der Bescheinigung der Rechtskraft versehene Ausfertigung des Urteils an den zuständigen Standesbeamten zu übersenden hat, so erweist sich jede Tätigkeit der Gegenpartei, die darauf gerichtet ist, die Ehescheidung zu bewirken, als unerheblich, die Herbeiführung der Rechtsänderung durch die Parteien als unmöglich. Es wäre daher zwecklos, wenn das Urteil zu einer Leistung verurteilte, die rechtlich irrevelant ist und keinerlei Rechtswirkungen auszuüben vermag.

Völlig unmöglich erscheint die Konstruktion als Leistungsklage in der Weise, daß das ergehende Urteil die Gegenpartei dazu verurteilt, die Verletzung des durch den Ehevertrag zur Entstehung gebrachten Anspruchs auf Erfüllung der gegenseitigen ehelichen Pflichten auszugleichen.[12]) Wohl kann hierauf die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens gegründet werden

---

[11]) RGBl. S. 228.

[12]) vgl. Schmidt, Lehrb. des Zivilprozesses 1898 S. 141.

Die wiederhergestellte eheliche Gemeinschaft ist die Befriedigung dieses Anspruchs. Nicht jedoch die Scheidung. Man kann die Lösung des Vertrages nicht als Ausgleich der Verletzung der in dem Vertrage übernommenen Pflichten ansehen. Es bestehen überhaupt zwischen der Anspruchsverletzung und der Ehescheidung keine direkten Wechselwirkungen in dem Sinne, als ob jede Anspruchsverletzung die Scheidung bewirken könnte. Zwischen beide muß erst der Scheidungsgrund treten, dem allein die Wirkung, die Ehe zu lösen, innewohnt. Wollte man aber die in den §§ 1565—1569 BGB. angeführten Scheidungsgründe als gewissermaßen vom Gesetze privilegierte Anspruchsverletzungen ansehen, so ist dagegen aus den oben angeführten Gründen einzuwenden, daß sich der Ausgleich der Verletzungen trotzdem noch nicht als Leistung darstellt, da das dahingehende Handeln der Gegenpartei als solches keinerlei rechtliche Wirkungen hervorbringen kann.

Nun ist es naheliegend, anzunehmen, daß die Scheidung, für deren Herbeiführung im Prozesse das Parteiwirken unerheblich ist, sich gründet auf einen gegen den Staat gerichteten materiellrechtlichen Anspruch. Dahin geht wohl die Meinung Lobes,[13]) wenn er von einem gegen den Staat gerichteten subjektiven Rechte spricht. Gegen diese Ansicht ist anzuführen, daß im Ehescheidungsverfahren die Ehegatten es sind, die den Prozeß betreiben, und daß die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft im Prozesse nur eine Einschränkung des Parteibetriebes bewirkt.

Von Bedeutung ist auch der § 628 ZPO., der mit dem Tode eines der Ehegatten den Rechtsstreit als erledigt ansieht. Diese Bestimmung wäre unvereinbar mit der Ansicht, daß der Ehescheidungsprozeß einen materiellrechtlichen Anspruch gegen den Staat verwirkliche.

---

[13]) Sächs. Arch. Bd. 6 S. 667 ff.

§ 4.

3. Ein Recht auf Feststellung?

Man hat die Scheidungsklage auch als Feststellungsklage zu konstruieren versucht, wie wir dies bei Kohler und Hellmann finden. Kohler[1]) behandelt diese Frage nicht für den Fall der Ehescheidung, sondern er geht aus von den rechtsgestaltenden Akten überhaupt. Diese seien nichts anderes als Feststellungsklagen, die zu einem Parteiwirken hinzutreten in der Art, daß erst, wenn das Parteiwirken durch das Urteil als berechtigt erklärt wird, es nun zum vollständigen Gedeihen gelangt. Er charakterisiert diese Klagen in der Weise, daß sie Feststellung enthalten nebst einem Plus. Damit stellen sich die Rechtsbewirkungsklagen als eine Verbindung dar von auf Leistung abzielendem und feststellendem Inhalt. Daß diese Konstruktion keineswegs zu einer einfachen Gestaltung führt, zeigt sich auch bei der Scheidungsklage. Wird die Klage abgewiesen, so wäre man geneigt, ein Feststellungsurteil anzunehmen (vgl. S. 14f.). Doch schon hier zeigt sich die Unklarheit der Kohlerschen Konstruktion. Wollen nämlich beide Ehegatten die Scheidung, und wird die Klage trotzdem abgewiesen, so kann man unmöglich die Feststellung, daß die Kündigung unberechtigt war, als „Begleiterscheinung" des Parteiwirkens ansehen. Denn dieses ist rechtlich ohne Bedeutung; rechtliche Wirkungen kommen nur der als Begleiterscheinung charakterisierten Feststellung zu.

Wird die auf die Ehescheidung abzielende Tätigkeit der Parteien in dem Urteil als zu Recht erfolgt festgestellt, so muß man doch notwendig folgern, daß, wenn das Festgestellte sich als unrichtig erweist, ipso iure das Urteil keine Wirkungen auszuüben vermag. Nimmt man das Gegenteil an, so schreibt man dem Urteil Wirkungen kraft eigener Macht zu, was mit dem Begriff des Feststellungsurteils unvereinbar ist. Diesem fehlt die Kraft, Rechtszustände zu schaffen; es bejaht das Vorhanden-

[1]) Kohler, Prozeßrechtl. Forschungen S. 104 ff. und bei Busch (Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß) Bd. 33 S. 225 ff.

sein eines Rechts oder verneint es. Rechtsgestaltende Wirkungen für die Zukunft kann es nicht ausüben.[2]) Doch diese Konsequenz, die die Rechtsunsicherheit in Statussachen, die das Bürgerliche Gesetzbuch hat vermeiden wollen, heraufbeschwört, zieht Kohler nicht. Erweise sich das Parteiwirken als unberechtigt, so bleibe die Kündigung, weil durch Urteil festgestellt, trotzdem wirksam und die Ehe rechtskräftig gelöst. Wird nunmehr dieses Urteil aufgehoben, so müßte man annehmen, daß auch die Scheidung beseitigt wird. Nach Kohlers Ansicht jedoch bleibt die Ehe trotzdem geschieden. Sie ist also, wenn der beklagte Ehegatte der Scheidung widersprochen hatte, rein einseitig durch unberechtigtes Begehren des Klägers geschieden worden. Je nach dem im konkreten Fall erwünschten Resultat legt Kohler bald dem Urteil, bald dem Parteiwirken die ehelösende Wirkung bei.

Wenn Kohler in dem Scheidungsurteil trotz dessen rechtsändernder Kraft lediglich eine Feststellung erblickt, so ist dies damit zu erklären, daß er die konstitutiven Klagen schlechthin als solche bezeichnet, die neben einer Feststellung noch ein Plus enthielten. Wollte man dieser Theorie folgen, so müßte man, da auch bei den Leistungsklagen diese beiden Bestandteile enthalten sind, zur Anerkennung von nur einer Klagart gelangen, eben der Feststellungsklagen. Vielmehr ist, um die charakteristischen Merkmale der einzelnen Klagarten zu finden, eben jenes Plus näher zu untersuchen.

Die Begründung aus art. 264 code civil,[3]) nach dem die Ehe erst durch den Eintrag ins Standesregister geschieden wird, ist von Kohler mit Recht fallen gelassen,[4]) weil nach der klaren Vorschrift des § 1564 BGB. die Auflösung der Ehe mit der Rechtskraft des Urteils eintritt, ohne Rücksicht darauf, ob die Eintragung erfolgt oder nicht.

Auch Hellmann[5]) sieht in der Scheidungsklage eine auf Feststellung gerichtete Klage. Er vermeidet jedoch den Dualismus der Kohlerschen Theorie, der sich darin zeigt, daß die

---

[2]) Gegen Kohler auch Nußbaum, Prozeßhandlungen S. 94/95.
[3]) Prozeßrechtl. Forschungen S. 104.
[4]) Busch Bd. 33 S. 225.
[5]) Jherings Jahrb. Bd. 31 S. 98ff.

Scheidung auf das Parteiwirken und die Feststellung zurückzuführen ist. Hellmann nimmt an, daß, wenn die Voraussetzungen der Scheidung vorliegen, die dahingehende richterliche Feststellung dem Ehegatten die Befugnis gewähre, von der Fortsetzung der Ehe abzustehen, ihn von der Notwendigkeit entbinde, wider seinen Willen die Ehe fortzusetzen. Dieser Theorie steht einmal § 1564 entgegen, wonach dem Urteil keineswegs bloß die Bedeutung zukommt, daß es die Befugnis des Klägers oder Widerklägers ausspricht, die Ehe zu lösen, sondern daß es die Aufhebung des Ehebandes selbst bewirkt. Der Hellmannschen Theorie wäre beizupflichten, wenn es sich um ein bloßes Rechtsverhältnis zwischen den Ehegatten handelte. Weil aber das Entstehen wie Aufhören der Ehe nicht bloß für die Ehegatten von rechtlicher Bedeutung ist, sondern auch für Dritte, hat der Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit über eine bloß deklaratorische Bedeutung des Urteils hinausgehen müssen. Deshalb liegt der Grund der Rechtsänderung (der Lösung der Ehe) im Urteil, nicht in außerhalb liegenden Vorgängen, wie das Vorhandensein der Ehescheidungsgründe. Die Bedeutung dieser Voraussetzung liegt darin allein, daß ohne sie die Scheidung nicht vollzogen werden kann, daß sie, wenn trotzdem ausgesprochen, einen Revisionsgrund bildet.

So gelangen wir auch zur Ablehnung der Ansicht von Hellmann. Die Ehescheidungsklage ist keine Feststellungsklage, wenn sie auch ein Feststellungsbegehren enthält. Ein solches ist mit jeder Klage notwendig verbunden. So ist analog beim Leistungsurteil Voraussetzung für die Verurteilung zu einer Leistung die Feststellung einer Verpflichtung, auf der Seite des Berechtigten des Anspruchs, beim Konstitutivurteil des Rechts auf Rechtsänderung. Es folgt dies aus allgemeinen Erwägungen über Aufgabe und Zweck des Zivilprozesses, der nicht neues Recht schaffen, sondern Recht bewähren soll, daraus, daß der den Schutz des Staates in Anspruch nehmende Kläger nur dann auf Erfolg zu rechnen hat, wenn „festgestellt“ wird, daß die vom objektiven Recht gegebenen Voraussetzungen für die Mitwirkung des Staates, welche den vom Kläger erstrebten Erfolg herbeiführen soll, vorhanden sind. So muß auch notwendig derjenigen

Tätigkeit des Staates, die auf die Scheidung abzielt, die Feststellung des dem objektiven Recht entspringenden Scheidungsrechts vorangehen. Aus diesen allgemeinen Erwägungen irgendwelche Konsequenzen für die Rechtsnatur der Klagen zu ziehen, müßte zur Annahme von nur einer Kategorie von Klagen führen, eben der Feststellungsklagen.

Analoges gilt von der abgewiesenen Scheidungsklage. Diese enthält eine Feststellung, ist aber kein Feststellungsurteil. Es wäre falsch, den Urteilstenor in der Weise zu formulieren: „Es wird festgestellt, daß ein Scheidungsrecht des A gegen die B nicht besteht". Das Urteil hat auszusprechen: „Die Klage wird abgewiesen". Jenes wäre ein auf negative Feststellungsklage, dieses ist das auf abgewiesene Rechtsänderungsklage ergangene Urteil.[6]) Beide bewirken, daß auf Grund des geltend gemachten Scheidungsrechts eine Scheidung nunmehr nicht mehr erfolgen kann.

Wird die Klage abgewiesen, so folgt die Unmöglichkeit einer abermaligen Klagerhebung aus der materiellen Rechtskraft des Urteils ohne weiteres.

Im Falle der Feststellungsklage bewirkt die Rechtskraft des Urteils, daß das Bestreiten der Feststellung, daß ein Recht auf Scheidung nicht bestehe, unter den Parteien unwirksam ist. Es kann in einem trotz der Feststellung etwa anhängig gemachten Scheidungsprozesse mit Wirksamkeit nicht behauptet werden, wird dann jedenfalls zur Abweisung der Klage führen.

---

[6]) Die Gegenüberstellung von positiver Feststellungsklage und der dem Antrag auf Ehescheidung stattgebenden Rechtsänderungsklage ist deshalb unmöglich, weil mit Entstehung des Scheidungsrechts dieses auch prozessual geltend gemacht werden kann. Das vom § 256 ZPO. geforderte Interesse an der antizipierten Feststellung wird, im Falle das Vorhandensein eines Scheidungsgrundes behauptet wird, nicht nachgewiesen werden können (so auch Weismann, Feststellungsklage S. 158 Anm. 3; a. M. anscheinend Hellwig S. 473 Note 62 u. S. 426). Anders bei der negativen Feststellungsklage. Hier wird sich das Interesse des Ehegatten, mit der Scheidungsklage nicht bis Ablauf der in § 1571 BGB. bezeichneten Fristen bedroht zu sein, nicht leugnen lassen. Das Interesse ist auch ein rechtliches (vom Recht anerkanntes), weil ohne die Feststellung die vom Recht geschützte Ehegattenqualität in Zweifel gezogen werden könnte, wodurch dem Ehegatten ideelle wie materielle Nachteile erwachsen würden.

Damit haben wir zugleich die Verschiedenheit beider Klagen berührt, die zur Verwerfung der Ansicht führt, daß die Scheidungsklage, wenn sie abgewiesen wird, eine Feststellungsklage ist. Sie erledigt das Recht auf Ehescheidung definitiv; die Rechtskraft des Urteils verhindert die nochmalige Erhebung der Klage. Die negative Feststellungsklage vermag diese Wirkung nicht auszuüben. Die Rechtskraft des ergangenen Urteils kann eine nachträgliche Klagerhebung nicht verhindern. Ihre Wirkung ist lediglich die, daß der Gegner derjenigen Partei, die das Urteil erwirkt hat, nunmehr das Bestehen des Rechts auf Scheidung nicht mehr wirksam behaupten kann.[7]) Ebensowenig aber das objektive Nichtvorhandensein eines behaupteten Scheidungsgrundes die Erhebung der Klage zu verhindern vermag, ebensowenig kann die Rechtskraft des Feststellungsurteils der Klage auf Rechtsänderung entgegenstehen.[8])

Somit gelangen wir zu dem Ergebnis, daß die Scheidungsklage, obwohl sie im Falle der Bejahung des klägerischen Vorbringens das Vorhandensein eines Scheidungsrechts „feststellt", trotzdem keine Feststellungsklage ist. Sie ist es auch nicht im Falle der Klagabweisung.

Welche Bedeutung dem feststellenden Teil im übrigen zukommt, wird im folgenden (vgl. § 8) noch zu erörtern sein.

4. Ein Recht auf Rechtsänderung (Konstitutivklage)?

§ 5.

a) Allgemeines.

Die Ehescheidungsklage stellt sich als eine besondere Klagart dar, die als Rechtsänderungsklage bezeichnet wird.[1]) Wenn

[7]) Weismann, Feststellungsklage 1879 S. 121.

[8]) Praktisch wird allerdings die Erhebung einer Klage trotz ergangenen negativen Feststellungsurteils nicht vorkommen, eben weil mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß die Scheidungsklage abgewiesen werden wird. Wird ja gewöhnlich der Zweck der negativen Feststellungsklage der sein, den Gegner zu zwingen, sein behauptetes Scheidungsrecht geltend zu machen.

[1]) Andere Bezeichnungen bei Gaupp-Stein 8. u. 9. Aufl. Bd. 1

man nach engeren Gesichtspunkten unterscheidet, nennt man sie auch Rechtsaufhebungsklage im Gegensatz zu den Rechtsbegründungsklagen. Maßgebend für diese Differenzierung ist der Umfang der Wirkungen. Mit der Rechtsnatur dieser Klagen hat diese Einteilung nichts zu tun.

Das charakteristische Merkmal der Rechtsänderungsklagen liegt darin, daß sie auf unmittelbar durch Richterspruch zu erfolgende Rechtsänderung gerichtet sind.

Sie unterscheiden sich wesentlich von denjenigen Klagen, die zum Gegenstande uneingeschränkter Parteidisposition unterliegende Privatrechte haben. Die Verwirklichung dieser frei verfügbaren Rechte durch Verurteilung und Zwangsvollstreckung hat die moderne Prozeßgesetzgebung vornehmlich beeinflußt. Auf diese ist sie in erster Linie zugeschnitten.[2]) Mit Hervorkehrung und allgemeiner Anerkennung des publizistischen Interesses, das die Allgemeinheit an der Existenz bestimmter Rechtsverhältnisse hat (insbesondere wegen ihrer Wirkung auch Dritten gegenüber), hat der Staat die Geltendmachung von Privatrechten von seiner Mitwirkung abhängig gemacht. Dadurch sind sie den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nahegebracht, sind aber ihrer rechtlichen Beschaffenheit nach Privatrechte geblieben, die in der Form eines Zivilprozesses zu erledigen sind. Deswegen ist das Verfahren ein grundsätzlich verschiedenes von demjenigen, das insbesondere für die freiwillige Gerichtsbarkeit durch grundsätzliche Anerkennung des Offizialbetriebes charakteristisch ist (§ 12 FGG.).

Dieser Entwicklung unterlag auch die Scheidung. Und zwar zog gerade dieses Rechtsinstitut bei weitem am frühesten das Interesse der Allgemeinheit auf sich, um zugleich der uneingeschränkten Verfügung der Parteien entrückt zu werden. So bestand in Rom sowohl wie im älteren deutschen Recht die will-

---

S. 544. Die Literatur, insbesondere wie diese Klagart allmählich zur Anerkennung gelangte, bei Langheineken, Urteilsanspruch S. 90—93, 230.

[2]) Von den im Laufe der Entwicklung zugelassenen, gleichsam eine Zäsur des Verfahrens herbeiführenden Feststellungsklagen ist hier wegen der eigenartigen Natur dieser Klage (rechtliches Interesse an der antizipierten Feststellung) abzusehen.

kürliche Trennung der Ehe seitens des Mannes.[3]) Dies blieb bei der freien Ehe des römischen Rechts bis in die klassische Zeit (Einführung des libellus repudii), während bei der Manusehe schon frühzeitig vor der Scheidung ein Familienrat der Kognaten zu beraten war. Bei der durch Konfareatio geschlossenen Ehe wahrten die Pontifices die Rechte der Öffentlichkeit gegenüber, indem sie ihre Mitwirkung bei dem contrarius actus der Diffareatio versagten. Im deutschen Recht trat eine Einschränkung des willkürlichen Scheidungsrechts insoweit hervor, als der Mann bei grundloser Verstoßung der Frau sich der Fehde der Verwandten aussetzte.

Die Garantien der Öffentlichkeit gegenüber wurden im Laufe der Entwicklung größer, um nach den rigorosen Bestimmungen des kanonischen Rechts und der laxen Praxis des durch naturrechtliche Lehren beeinflußten allgem. Landrechts mit der Aufhebung der landesherrlichen Scheidung, sowie der Scheidung auf Grund gegenseitiger Einwilligung zu der positiven Vorschrift zu gelangen, daß die Scheidung nur durch Urteil und zwar mit Rechtskraft dieses vollzogen werden kann.

Das mit diesen Garantien ausgestattete Verfahren ist eben das der Konstitutivklage mit darauf ergehendem konstitutiven Urteil.

§ 6.

b) Das Scheidungsrecht ein Recht des rechtlichen Könnens.

Gegenstand dieses Prozesses ist die Untersuchung und Entscheidung darüber, ob ein Recht auf Scheidung besteht.[1]) Zu diesem Zwecke ist zu prüfen, ob die in den §§ 1564—1569 BGB. angeführten Scheidungsgründe vorhanden sind. Sie gewähren das Recht auf Scheidung. In den Fällen der §§ 1565—1568 hat der Richter ferner zu prüfen, ob dieses Scheidungsrecht auch

---

[3]) s. Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte S. 202 2. Aufl.

[1]) s. Wach, Handb. des deutschen Zivilprozeßr. Bd. 1 S. 13; Fischer bei Busch Bd. 10 S. 427.

noch zur Zeit der Klagerhebung und der Urteilsfällung vorliegt. Dies ist nicht der Fall, wenn das Scheidungsrecht bis zur Rechtshängigkeit durch Fristablauf (§ 1571 BGB.), bis zur letzten mündlichen Verhandlung [2]) durch Verzeihung verloren gegangen ist (§ 1570 BGB.). Dabei ist hinzuweisen auf die auch materiell bedeutungsvolle Vorschrift des § 616 ZPO. betr. die Erweiterung der materiellen Rechtskraft des Scheidungsurteils. Die Abweisung der Scheidungsklage (auch der konkurrierenden Eheanfechtungsklage) erledigt sämtliche Scheidungsgründe, die Kläger oder Widerkläger überhaupt erheben konnte. Es kann auf diese Tatsachen das Recht, Scheidung zu verlangen, nicht mehr gegründet werden.

Die Präklusion aus § 1571 BGB. und Einwendungen aus § 1570 BGB. sind nicht möglich, wenn der Tatbestand des § 1569 BGB. (Scheidung wegen Geisteskrankheit) vorliegt.

Um die rechtliche Natur des Rechts auf Scheidung festzustellen, ist auszugehen von den Rechten des rechtlichen Könnens (auch Kannrechte oder Gestaltungsrechte genannt). Es werden darunter seit Zitelmann vom Recht anerkannte Befugnisse gemeint, die Rechtswirkungen herbeiführen oder deren Entstehung verhindern können (z. B. Ausschlagung einer Erbschaft).[3]) Sie sind scharf zu unterscheiden von den Ansprüchen, wenn auch infolge ihrer Ausübung Ansprüche entstehen können.[4]) Sie sind auch keine subjektiven Rechte, wenn man mit der herrschenden Meinung darunter diejenigen Befugnisse versteht, welche einmal sich als Beziehungen einer Person nach außen, zu Dingen persönlicher oder unpersönlicher, körperlicher oder unkörperlicher Natur charakterisieren, andererseits eine Rechtspflicht anderer auf ein entsprechendes Verhalten voraussetzen.[5])

---

[2]) Die Verzeihung nach der letzten mündlichen Verhandlung, aber vor Rechtskraft des Urteils wird gewöhnlich (weil kein Devolutiveffekt) mit Widerspruchsklage, jedenfalls mit der Berufung geltend gemacht werden können, nach Rechtskraft nur durch Wiederverheiratung.

[3]) Zitelmann, Internationales PrivR. Bd. 2 S. 32 ff.

[4]) vgl. Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 3 Anm. 8.

[5]) Eine Zusammenstellung der Literatur bei Langheineken, Urteilsanspruch S. 120; vgl. auch Fischer, Preuß. PrivR. S. 36.

Die Rechte des rechtlichen Könnens stehen zu den subjektiven Rechten in den mannigfachsten Beziehungen und sind bald mögliche, bald notwendige Bestandteile eines subjektiven Rechts, bestimmt dazu, ein Rechtsverhältnis im Interesse des Berechtigten zur Entwicklung zu bringen. Sie haben aber auch eine völlig selbständige Stellung, wie besonders die Aufhebungsrechte, und unter diesen das Scheidungsrecht.

Begrifflich unerheblich ist es, welcher Art die Willenserklärung ist, durch die jene Befugnis ausgeübt wird, ob eine förmliche Willenserklärung erforderlich ist, oder ob Formfreiheit anerkannt ist. In verschiedenen Fällen genügt auch die förmliche Erklärung nicht, um Rechtswirkungen auszuüben. Das Gesetz verlangt staatliche Mitwirkung, in der Regel richterliche Funktion. Diese darf jedoch nicht erfolgen, wenn die in Ausübung jener Rechte abgegebene Willenserklärung nicht erfolgt ist. Erst wenn diese Bedingung gesetzt ist, darf der Richter die weitere Voraussetzung seiner Mitwirkung erfüllen.[6]) Das Wesen dieser Kategorie von Rechten, zu denen auch das Scheidungsrecht gehört, als Kannrechte, wird dadurch nicht berührt. Es sind die S. 16 berührten rechtspolitischen Gesichtspunkte, welche für die Rechtswirksamkeit des Scheidungsrechts staatliche Mitwirkung verlangen.

§ 7.

c) Dessen Realisierung.

Die prozessuale Realisierung dieses sich derart charakterisierenden Scheidungsrechts erfolgt durch konstitutive Klage mit Rechtskraft des Scheidungsurteils in dem Augenblick, in dem das Scheidungsurteil die formelle Rechtskraft erlangt. Dies ist

---

[6]) Hellwig drückt dies in seinen „Grenzen der Rückwirkung“ in der Festschrift der juristischen Fakultät Gießen 1907 zutreffend in der Weise aus, die Geltendmachung des Rechts auf Ehescheidung bilde die Bedingung dafür, daß die Scheidung vorgenommen werden dürfe, aber nicht dafür, daß sie wirke (S. 48b).

dann der Fall, wenn gemäß § 705 ZPO.[1]) die Frist für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels verstrichen ist. Um dies festzustellen, ist regelmäßig ein Notfristattest (vom Gerichtsschreiber der höheren Instanz) und daraufhin erteiltes Rechtskraftattest erforderlich (§ 706 ZPO.). Die Rechtskraft kann übrigens auch durch Vorlegung eines bestätigenden letztinstanzlichen Zeugnisses bewiesen werden. Dies wird im Scheidungsprozeß, obwohl hier die Staatsanwaltschaft selbständig Rechtsmittel einzulegen (wie im Falle des § 634 ZPO.) nicht befugt ist, gewöhnlich der Fall sein. Mit Vorhandensein der formellen Rechtskraft sind zugleich die Voraussetzungen gegeben für die verschiedenen Urteilsfunktionen.

So muß vor allem dem Urteil die Kraft innewohnen, auch für die Zukunft eine abermalige Klagerhebung über das geltend gemachte Scheidungsrecht zu verhindern. Nicht nur für diesen Rechtsstreit, sondern in alle Zukunft soll die getroffene Entscheidung Recht bleiben (materielle Rechtskraft).

Von dieser materiellen Rechtskraft ist hier nicht zu sprechen. Die konstitutive Funktion des Scheidungsurteils ist nämlich von ihr scharf zu trennen. Äußerlich kommt dies dadurch zum Vorschein, daß die für diese konstitutive Wirkung maßgebende Gesetzesvorschrift sich als Privatrechtsnorm im Bürgerlichen Gesetzbuch vorfindet, mag sie auch sonst prozessual von Bedeutung sein (§ 1564 BGB.). Die begriffliche Verschiedenheit ist nicht immer auseinandergehalten worden; darauf ist der die subjektiven Grenzen der Rechtskraft charakterisierende allgemeine Grundsatz zurückzuführen, daß ein Urteil über Statusverhältnisse auch Dritten gegenüber Rechtskraft besitze.[2]) Es muß jedoch unterschieden werden, ob sich jemand auf die Rechtskraftwirkung des Scheidungsurteils beruft oder auf den durch das Urteil geschaffenen Rechtszustand. Wenn A in seinem Prozeß das im vorangegangenen Scheidungsurteil festgestellte Recht des B zu seinen Gunsten behauptet, beruft er sich auf das zwischen den

---

[1]) Versäumnisurteil ist wegen § 618 Abs. 5 ZPO. unmöglich.

[2]) Gegen diesen allgemeinen Grundsatz Fischer in Jherings Jahrb. Bd. 40 S. 185.

Parteien für Recht Erkannte, nicht auf den geschaffenen Rechtszustand.[3]) Daher sind auch die Bestimmungen darüber, ob in einem späteren Prozeß ein Dritter mit Bezug auf das im Scheidungsprozeß festgestellte Recht die Rechtskraftseinrede vorbringen kann, unabhängig davon, wie jene Scheidung zustande gekommen ist. Sie wären dieselben, wenn das Scheidungsurteil ein Zwangsvollstreckungsrecht gewährte.[4])

Die konstitutive Funktion des Scheidungsurteils gelangt mit Vorhandensein der formellen Rechtskraft, also zugleich mit der materiellen Rechtskraft zur Entstehung.

Über ihr Verhältnis zum Vollstreckungsbegriff soll im folgenden gesprochen werden, und zwar unter Zugrundelegung der Ergebnisse der Untersuchungen Schultzes, Gmelins und Fischers.

Wir finden in der Literatur die Ansicht vertreten, daß auch das Scheidungsurteil vollstreckbar ist.

Den Ausgangspunkt bildet jene Theorie, die einen weiteren und engeren Begriff der Vollstreckbarkeit anerkennt. Am weitesten geht das Reichsgericht (Entsch. Bd. 16 S. 477), nach dem Vollstreckbarkeit gleichbedeutend sei mit Gültigkeit, Rechtswirksamkeit, Unanfechtbarkeit. Ähnlich ist auch die Meinung Falkmanns,[5]) der Begriff der Vollstreckbarkeit umfasse im Gegensatz zur Zwangsvollstreckbarkeit den weiteren Begriff der Wirksamkeit überhaupt. Nach Gaupp-Stein[6]) spricht das Gesetz bald von einer Vollstreckbarkeit als Fähigkeit zur Zwangsvollstreckung, bald als Fähigkeit, die Grundlage der sonstigen „realen Urteilswirkungen“ zu sein (Vollstreckbarkeit i. w. S.). L. Seuffert[7]) erkennt zwar bei klagabweisenden und nur feststellenden Urteilen eine Vollstreckbarkeit nicht an, wohl aber bei Bewirkungsurteilen. Dieselbe Meinung vertritt auch

---

[3]) So Nußbaum a. a. O. S. 37.

[4]) s. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft, Leipzig 1900, S. 464.

[5]) Falkmann, Zwangsvollstreckung 2. Aufl., Berlin 1899—1908, S. 5.

[6]) Komm. 4. Aufl. Anm. 3 vor § 704.

[7]) L. Seuffert, Komm. 9. Aufl., auch Anm. 3 vor § 704.

Hellwig,[8]) indem er auch das konstitutive Urteil als ein vollstreckungsfähiges und vollstreckungsbedürftiges anerkennt.

Im Gegensatz zu diesen Meinungen, nach denen auch beim Scheidungsurteil Vollstreckbarkeit anzunehmen wäre, steht die Ansicht Fischers. Sie beseitigt vor allem die unklare Unterscheidung von Vollstreckbarkeit im weiteren und engeren Sinne. Vollstreckbarkeit ist Geeignetheit zur Zwangsvollstreckung. So war es in der hannoverschen Prozeßordnung, so ist es auch grundsätzlich in sämtlichen für die Zivilprozeßordnung in Betracht kommenden Entwürfen und im Gesetze selbst. Von diesem Grundsatze weicht das Gesetz insoweit ab, als es auch ohne einen zur Vollstreckung geeigneten Inhalt die vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung in verschiedenen scharf umgrenzten Fällen zuläßt. Dieser Ansicht Fischers[9]) ist auch das Kammergericht beigetreten,[10]) indem es ausführt, daß Scheidungsurteile ihrer Natur nach eine Vollstreckung überhaupt nicht zulassen.

Gegen diese Ansicht können aus § 704 Satz 2 ZPO. Argumente nicht hergeleitet werden. Wenn Gaupp der Meinung ist, daß diese Gesetzesvorschrift den Urteilen in Ehesachen nur die vorläufige Vollstreckbarkeit, nicht aber die Vollstreckbarkeit versage, so ist dagegen anzuführen, daß beim Fehlen des § 704 Abs. 2 BGB. Urteile in Ehesachen gemäß § 708 Ziff. 2 und 710 ZPO. im Kostenpunkt für vorläufig vollstreckbar erklärt werden könnten. Es läge dann nämlich ein Fall vor, daß abweichend von dem durch Fischer zum Ausdruck gebrachten Grundsatze eine Vollstreckbarkeitserklärung auch ohne vollstreckbaren Inhalt erfolgen könnte.

Man kann auch nicht mit Hellwig[11]) darin übereinstimmen, man müsse ohne die Annahme, daß das konstitutive Urteil (insbesondere das Scheidungsurteil) der zwangsweisen Verwirklichung fähig sei, auch die Widerspruchsklage für nicht anwendbar er-

---

[8]) DJZ. 1903 S. 284.

[9]) Fischer, Vollstreckbarkeit, in der Festgabe für Dahn Bd. 3 bes. S. 75/76.

[10]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 7 S. 412ff.

[11]) Hellwig, Erlöschen des Scheidungsrechts in der Revisionsinstanz, in der DJZ. 1903 S. 284f.

klären; dies würde unzweifelhaft zu Härten führen, indem wohl bei Nichtvorhandensein eines Anspruchs, nicht aber eines Rechts des rechtlichen Könnens der Rechtsschutz des § 767 ZPO. gewährt würde. Der § 767 bleibt auch bei Nichtannahme einer Vollstreckbarkeit des Scheidungsurteiles anwendbar. Seine Stellung im 8. Buche verdankt er der geschichtlichen Entwicklung und ist dem formalrechtliche Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung enthaltenden § 766 gegenübergestellt. Ihrer Rechtsnatur nach ist jedoch die Widerspruchsklage mit der Klage aus den §§ 323 u. 324 (Einfluß veränderter Umstände) nahe verwandt.[12])

Wenn wir somit der Meinung Fischers und des Kammergerichts beitreten, so ist dies auch damit begründet, daß wir die Ausführungen der Gegner über die Art der Vollstreckung des Scheidungsurteiles wie der konstitutiven Urteile überhaupt nicht billigen können. So meint Hellwig,[13]) das Besondere bei Konstitutivurteilen liege darin, daß sie sich ohne äußere Vollstreckungsmaßregeln mit dem Eintritt der Rechtskraft von selbst vollziehen. Es ist dies der Gedanke Kipps,[14]) daß es eine Zwangsvollstreckung gäbe, die in dem Urteil enthalten sei. Damit ist die scharfe Unterscheidung des Zivilprozesses in zwei Abschnitte: die Feststellung des Anspruchs und dessen Realisierung, fallen gelassen. Das Gesetz nämlich hat die Zwangsvollstreckung von der Tätigkeit des Prozeßrichters losgelöst.[15]) Das Vollstreckungsverfahren erfolgt auf Grund eines neuen Antrags der Partei. Der Gläubiger kann das Vollstreckungsverfahren im Gegensatz zum Rechtsstreit jederzeit ruhen lassen, um gegen den Schuldner, der wieder solvent ist, das Verfahren wieder aufzunehmen. Diese grundsätzliche Verschiedenheit wird von denjenigen, die die Möglichkeit einer im Urteil latenten Zwangsvollstreckung annehmen, fallen gelassen. Mit Recht wendet sich dagegen Fischer[16]):

---

[12]) s. Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 7 Anm. 1.
[13]) Hellwig, Grenzen der Rückwirkungen S. 60.
[14]) Kipp in der Kieler Festgabe für Jhering S. 31 unten.
[15]) s. Fischer bei Busch Bd. 10 S. 420.
[16]) Fischer, Vollstreckbarkeit S. 72.

„Wenn man eine unsichtbare Zwangsvollstreckung annehme, werfe man die begrifflich und prozessualisch bestimmt in die Erscheinung gelangenden Grenzen zwischen Rechtsstreit und Urteilswirkungen einerseits, Zwangsvollstreckung und Vollstreckungseffekt andererseits so heillos durcheinander, daß unser ganzes Prozeßrechtssystem über den Haufen fallen würde. Nicht durch Zwangsvollstreckung und nach dem Rechtsstreit werde die Scheidung vollstreckt, sondern durch das Urteil selbst und schon im Rechtsstreit, den man bis zum Eintritte der Rechtskraft sich fortzudenken habe. Es handle sich daher um eine Urteilswirkung und nicht eine Wirkung der noch gar nicht begonnenen und insoweit auch ausgeschlossenen Zwangsvollstreckung".

Somit gelangen wir zu dem negativen Ergebnis, daß das Scheidungsurteil einer Vollstreckung nicht fähig ist.

§ 8.

d) Der feststellende Teil des Scheidungsurteils.

Es ist nunmehr, nachdem wir Wesen und Wirkungen des Scheidungsurteils erörtert haben, eine Behandlung der Frage notwendig, welche rechtliche Bedeutung dem feststellenden Inhalt dieses Urteils zukommt. Daß ein solcher im Scheidungsurteil enthalten ist, war bereits in § 4 ausgeführt. Es setzt sich das konstitutive Urteil aus zwei verschiedenen Elementen zusammen: dem für seine Begriffsbestimmung wesentlichen rechtsändernden Teil und einer Feststellung.[1]) Es nimmt durch diese Zusammensetzung aus zwei verschiedenen Teilen das Konstitutivurteil keineswegs eine eigenartige Stellung in der Prozeßtheorie ein. So enthält auch das Leistungsurteil neben dem entscheidenden (dezisiven) Teil den verurteilenden (dispositiven) Teil.

Der feststellende Teil enthält die richterliche Entscheidung, daß das Ehescheidungsrecht besteht oder nicht. Es ist im § 7

[1]) Gegen diese Zweiteilung wendet sich Otto Mayer in der Zeitschr. f. öffentl. R. Bd. 21 S. 46.

ausgeführt worden, daß der die Rechtskraft des Scheidungsurteils anrufende Dritte sich auf das zwischen den Parteien für Recht Erklärte beruft. Nun ist dagegen der Einwand erhoben worden,[2]) daß derartige Feststellungen nichts weiter seien als Prüfungen des Vorhandenseins der Voraussetzungen für den Erlaß des Urteils. Sie seien nur „Urteilselemente“ im Sinne Savignys und gingen nicht in Rechtskraft über. Die Folge dieser Ansicht wäre, daß ein Scheidungsurteil einen feststellenden Teil nicht enthalte.

Der erhobene Einwand ist nur für den Fall zu prüfen, daß in dem Urteil die Scheidung ausgesprochen wird. Daß ein abweisendes Urteil zugleich das Nichtvorhandensein des Scheidungsrechts feststellt, dürfte keinem Zweifel unterliegen.[3])

Jedoch auch bei dem der Scheidungsklage stattgebenden Urteile erscheinen die erhobenen Bedenken nicht gerechtfertigt. Das die Scheidung aussprechende Urteil entscheidet implizite über das Scheidungsrecht. Die materielle Rechtskraft bezieht sich auf diese Feststellung.

Zur Bestätigung dieser Meinung sei auf einen analogen Fall hingewiesen. Auch bei der Klage auf Herausgabe einer Sache müssen die Urteilselemente herangezogen werden, wenn festgestellt werden soll, ob auf Grund des Besitzes oder des Eigentums geklagt worden ist. Hierbei gibt der Urteilstatbestand darüber Auskunft, welcher Anspruch (petitorischer oder possessorischer) erhoben und entschieden ist. Ebenso vermag auch in unserem Falle die Tatsache, daß die das geltend gemachte Scheidungsrecht bejahende Entscheidung den Urteilsgründen („objektiven Entscheidungsgründen“, „Urteilselementen“) zu entnehmen ist, nicht zu hindern, daß sich die materielle Rechtskraft auf diesen Teil des Urteils erstreckt.

---

[2]) vgl. Helbig, Gültigkeit bezw. Ungültigkeit einer zweiten Ehe im Falle der Aufhebung des Scheidungsurteils im Wege der Restitutionsklage, Diss. Erlangen 1905, S. 16, 17.

[3]) vgl. das S. 14 über die abgewiesene Scheidungsklage im Gegensatz zur negativen Feststellungsklage Ausgeführte.

II. Das aufhebende Urteil.

§ 9.

1. Das Recht auf Aufhebung.

Der Untersuchung über den Gegenstand der Aufhebung soll sich die über das aufhebende Urteil, das Subjekt der Aufhebung, anschließen. Das auf Restitutionsklage hin ergehende Urteil enthält zwei voneinander zu unterscheidende Elemente: den aufhebenden Teil (iudicium rescindens) und den über das in der ersten Klage geltend gemachte materielle Rechtsverhältnis anderweit entscheidenden (rescissorium). Diese beiden Teile sind in jedem auf Restitutionsklage hin ergehenden, in der Hauptsache anderweit entscheidenden Urteile enthalten. So wird auch in unserem Falle einmal das Scheidungsurteil aufgehoben, sodann Kläger mit seinem Anspruch abgewiesen.

Man führt gewöhnlich diese Zweiteilung auf den § 590 ZPO. zurück. Der Abs. 1 dieser Gesetzesvorschrift teilt das Verfahren in zwei Abschnitte: die Untersuchung darüber, inwieweit das angefochtene Urteil aufzuheben ist, und die erneute Verhandlung zur Hauptsache. Diese Zweiteilung tritt auch in Abs. 3 hervor. Ebenso aber muß auch in Abs. 2 Satz 1 nur eine Folgerung des im Abs. 1 enthaltenen Grundsatzes erblickt werden. Weil grundsätzlich die Verhandlung über Zulässigkeit und Grund von der Untersuchung in der Hauptsache zu unterscheiden ist, kann das Gericht auch die prozessuale Trennung anordnen.[1])

Die Bedeutung dieser Zweiteilung wird darin erblickt, daß das über Zulässigkeit und Grund entscheidende Verfahren auf die Aufhebung abzielt und so erst den Grund für das iudicium rescissorium schafft.[2]) Dem kann nicht beigestimmt werden.

Es ist dieses Verfahren weder in dem Sinne ein aufhebendes,

---

[1]) Gegen die allerdings unklare Fassung des § 590 ZPO. wendet sich besonders Kries, Die Rechtsmittel des Zivil- und Strafprozesses, Breslau 1908, S. 489ff.

[2]) s. Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 489 oben: „Das Gesetz (§ 590 ZPO.) läßt dem iudicium rescindens sofort das rescissorium folgen".

daß es, wo eine Trennung des Verfahrens durch Zwischenurteil stattfindet, mit der Aufhebung endigte, noch daß ihm diese nunmehr zusammen mit dem in der Hauptsache ergehenden Urteil notwendig folgen müßte. Von der Zivilprozeßordnung wird der Nachweis, daß man ein in der Sache günstigeres Urteil verlangen könne, nicht mehr erfordert. Wo dieses vom Gesetzgeber verlangt wurde (Allgem. Gerichtsordnung Teil 1 Titel 16 § 13), da mußte, wenn das Restitutionsgesuch formell zulässig (§ 12) und begründet war, die Aufhebung erfolgen, weil damit für die klagende Partei festgestellt war, daß sie ein günstigeres Urteil zu beanspruchen habe. Hier war die Frage nach der Begründung der Restitutionsklage zugleich die nach der Aufhebbarkeit des Urteils.

Heute ist das Erfordernis der Läsion fallen gelassen. Das Gesetz zählt im § 580 ZPO. eine Reihe von Tatsachen auf, die sie als Restitutionsgründe bezeichnet. Liegt der dort bestimmte Tatbestand vor (von der prozessualen Zulässigkeit kann hier abgesehen werden), so ist die Wiederaufnahme begründet. Es wird allerdings der kausale Zusammenhang zwischen dem im § 580 individualisierten Vorgang und dem Urteil verlangt.[3]) Daraus folgt aber durchaus nicht, daß nunmehr eine aufhebende anderweitige Entscheidung erfolgen muß. Die im § 580 ZPO. angeführten Tatsachen (Restitutionsgründe) begründen nur die Vermutung dafür, daß eine unrichtige Entscheidung erfolgt ist. Eine solche wird zwar in der Regel vorliegen. Es ist jedoch trotz Vorhandenseins eines Restitutionsgrundes wohl möglich, daß anderweitig der Beweis dafür geführt wird, daß das angefochtene Urteil richtig ist, und daß daher trotz Zulässigkeit und Begründetsein der Klage die Aufhebung nicht erfolgt.

Es kann aber von einem iudicium rescindens auch in dem Sinne keine Rede sein, daß in ihm das Recht des Klägers auf Aufhebung resp. Abänderung des Urteils entschieden wird. Man kann nicht von einem Recht auf Aufhebung sprechen, wenn

[3]) Im Falle des § 580 Ziff. 5 ist auch dieser nicht erforderlich. Ziff. 4 umfaßt auch die Fälle, wo die strafbare Handlung auch nur für den Eintritt der Rechtskraft des Urteils kausal war, z. B. durch dolos verspätete Zustellung des Urteils durch den Gerichtsvollzieher.

dieses trotz seines Vorhandenseins die Aufhebung nicht zur Folge hat. Diese hängt eben von dem Ergebnis der nochmaligen gänzlichen oder teilweisen Untersuchung des in der ersten Klage geltend gemachten Anspruchs ab. Das Recht des Restitutionsklägers geht nur dahin, eine nochmalige Untersuchung der materiellen Urteilsvoraussetzungen durch das Gericht zu bewirken.

Die Einteilung in iudicium rescindens und rescissorium bleibt demnach nur auf die beiden Teile eines auf Restitutionsklage hin ergehenden in der Hauptsache anderweit entscheidenden Urteils anwendbar.

§ 10.

2. Das Wesen der Rechtsmittelklagen.

Nachdem wir so die Beziehungen von iudicium rescindens und rescissorium zu der Zweiteilung des § 590 ZPO. erörtert haben, kann der Untersuchung über die Rechtsnatur der Restitutionsklage und des auf diese erfolgenden Urteils nähergetreten werden. Hiermit wird zugleich die Frage beantwortet, welche systematische Stellung dem aufhebenden Teil des Urteils zukommt.

Darüber herrscht in der Literatur Einstimmigkeit, daß es sich im Falle der Restitutionsklage um einen Privatrechtsprozeß nicht handelt. Steins Bezeichnung hat sich eingebürgert, daß die Restitutionsklage ein „Prozeßprozeß“ sei.[1]) Die Form der Klage ist gewählt, weil es sich hier um eine Tätigkeit der Parteien handelt, die gegen die Rechtskraft des Urteils gerichtet ist und die deswegen eines neuen formalen Verfahrens bedarf.

Ihrem Inhalt nach ist sie jedoch kein neuer selbständiger Rechtsstreit über einen erhobenen materiellen Anspruch. Vielmehr ist sie, wie die Berufung, Revision, Einspruch, gegen die Rechtsbeständigkeit eines Urteils gerichtet. Deshalb gehört sie zu jenen Rechtsbehelfen, die den Parteien bei Vorhandensein eines Mangels der Entscheidung, sei es in der Darstellung des konkreten Tatbestandes oder der Anwendung des objektiven

[1]) Stein, Über die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen 1897 S. 16/17; Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 486 N. 5.

Rechts auf diesen, die Möglichkeit geben, die Aufhebung des mangelhaften Gerichtsaktes herbeizuführen. Diesen Zweck verfolgen Rechtsbehelfe, wie Revision, Einspruch, Wiederaufnahmeklage usw., mit denen die frühere Entscheidung nach ihrer Rechtmäßigkeit hin geprüft werden kann und im günstigen Falle zu einem contrarius actus des Gerichts durch Aufhebung und Ersetzung durch ein anderes Urteil führen kann. Daher die Charakterisierung als Rechtsmittel im weiteren Sinne.

Dieser Eigenart der Wiederaufnahmeklagen entsprechend bezeichnet sie Hellwig zutreffend als Rechtsmittelklagen.[2]) Er unterscheidet zwei Gruppen, je nachdem die Unrechtmäßigkeit im Rechtsstreit (Entscheidungsverfahren) behauptet wird oder in der Vollstreckungsinstanz. Hier handelt es sich um jene erste Klagart.

Den Rechtsmittelklagen liegt wie all diesen unter der Bezeichnung „Anfechtung" zusammengefaßten Rechtsbehelfen[3]) das Recht des sich benachteiligt Fühlenden zugrunde auf Nachprüfung der tatsächlichen und rechtlichen Vorbedingungen des Urteils. Es ist von Hellwig im Anschluß an § 1407 Nr. 4 BGB. „Widerspruchsrecht" genannt. Das Vorhandensein dieses Widerspruchsrechts muß vom Gericht festgestellt werden. Diesem Zwecke dient die Verhandlung über das Begründetsein der Klage. In unserem Falle, wo anzunehmen ist, daß der Restitutionssucher den Scheidungsprozeß durch sämtliche Instanzen geführt hat, so daß ein rechtskräftiges Reichsgerichtsurteil vorliegt, wird in der Regel das Berufungsgericht zuständig sein. Nur in den Fällen des § 580 ZPO. Ziff. 4—5, wo das öffentliche Interesse stark mitspielt und wo daher die Restitutionsgründe den die Nichtigkeit herbeiführenden ähnlich sind, ist das Reichsgericht zuständig (§ 584 ZPO.).[4])

Das Gericht kann von der im § 590 Abs. 2 ZPO. gewährten

[2]) Anspruch und Klagerecht S. 488.

[3]) vgl. Nußbaum, Prozeßhandlungen S. 29.

[4]) Die Bestimmung, daß der Anfechtungsgrund genannt werden muß, ist instruktionell (§ 588 ZPO.). Die Klage kann also, wenn der Anfechtungsgrund nicht genannt ist oder der genannte nicht zutrifft, nicht als unzulässig verworfen werden. Vielmehr muß das Gericht feststellen, ob irgendeiner der im § 580 genannten Gründe zutrifft.

Befugnis Gebrauch machen und die Entscheidung über das Widerspruchsrecht von der Verhandlung über die Hauptsache trennen. Dies geschieht durch Zwischenurteil. Die Verhandlung über die Hauptsache ist dann als Fortsetzung dieses Verfahrens anzusehen, so daß die Teilung stets eine rein äußere bleibt.

Die Verhandlung über die Hauptsache hat in dem hier vorliegenden Falle zu einer Aufhebung des früheren Urteils und zur Verneinung des Scheidungsrechtes geführt. Auf diese beiden Bestandteile des Urteils war bereits am Anfange des § 9 (S. 26) hingewiesen.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der erste Teil konstitutiver Natur ist. Er ist es jedoch nicht deswegen, weil ein Recht auf Erlaß einer aufhebenden Entscheidung verwirklicht wird. Das Widerspruchsrecht hat nur zur Folge, daß die Rechtmäßigkeit des Urteils geprüft wird. Vielmehr liegt der Grund darin, daß der aufhebende Teil des Urteils einen geschaffenen Rechtszustand beseitigt. Das erste Urteil hat das Nichtvorhandensein der Ehe bewirkt, er vernichtet diese Rechtswirkung. Wie dies geschieht, darüber soll im folgenden ausführlich gesprochen werden. Hier ist nur anzuführen, daß dieses konstitutive Element in dem auf Restitutionsklage hin ergehenden Urteil stets enthalten ist, auch wenn ein Leistungsurteil Gegenstand der Aufhebung ist.[5]) Das durch das frühere Urteil zwischen den Parteien für Recht Erkannte hat vermöge der materiellen Rechtskraft Geltung, und diese Wirkungen bleiben, auch wenn durch das Urteil Unrecht Recht wurde. Dadurch wird das Urteil nicht etwa nichtig, und es kann sich niemand darauf berufen, daß das Urteil unrichtig sei, indem es nicht Recht zur Geltung bringe, sondern rechtswidrig neues Recht geschaffen habe. Aufgabe des Restitutionsurteils ist es, die geschaffene Rechtslage zu beseitigen. Erst durch diesen staatlichen Akt werden jene Wirkungen beseitigt.

Aber auch bei der Aufhebung von Feststellungsurteilen ist der entsprechende Teil des Urteils konstitutiv. Er beseitigt die Urteilswirkungen, die darin bestehen, daß das Festgestellte nicht bestritten werden konnte.

[5]) Darüber Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 19.

Wie nun dem festgestellten Rechte gemäß die Rechtslage zu gestalten ist, wird in dem zur Hauptsache entscheidenden Teil bestimmt. Es ergeht eine neue Entscheidung über den mit der früheren Klage geltend gemachten Anspruch. Das Urteil kann verurteilenden, feststellenden oder konstitutiven Charakter haben.

Wird der privatrechtlichen Klage nicht stattgegeben, so ergeht ein abweisendes Urteil. So in unserem Fall.

III. Begriff der Rückwirkung bei der Aufhebung.

§ 11.

1. Kann die Rückwirkung eine Feststellung sein, daß die Ehe nur scheinbar bestanden habe?

Wenn wir von der Aufhebung von Rechtsvorgängen schlechthin sprechen, so liegt darin insoweit eine Ungenauigkeit, als Vorgänge, Geschehnisse des Lebens, nachdem sie einmal zur Entstehung gelangt sind, sich nicht aus der Welt schaffen lassen. Auch können sie, wenn sie da sind, nicht mehr rückwärts umgestaltet werden. Der späteren Einwirkung (Beseitigung oder Modifikation) fähig sind nur die Wirkungen, speziell die vom Recht jenem Vorgange beigelegten Rechtswirkungen.

Wenn wir daher im folgenden von der Aufhebung der Scheidung sprechen, so ist damit nur gesagt, daß es sich um Aufhebung der rechtlichen Wirksamkeit dieses Rechtsvorgangs und nur insoweit seiner rechtlichen Existenz handelt.[1])

Aus dem Gesagten in Verbindung mit dem im ersten Teile Ausgeführten folgt aber auch für den Begriff der Aufhebung Wesentliches.

---

[1]) s. Hölder, Pand. S. 320.

Durch das Scheidungsurteil ist in dem Zeitpunkt seiner formellen Rechtskrafterlangung die Ehe gelöst worden. Diese Lösung ist nicht nur ein Gebilde der ideellen Rechtswelt, sondern in erster Linie ein Geschehnis des Lebens, und läßt sich, einmal vorhanden, nicht ungeschehen machen. Daß der betreffende Vorgang vom Recht anerkannt und geregelt ist, ändert daran nichts, und es kann niemand durch die Behauptung der Unrechtmäßigkeit der Scheidung diese als nicht eingetreten erklären.

Das Gesetz geht weiter und läßt auch die an den betreffenden Vorgang sich anknüpfenden Rechtswirkungen eintreten, und zwar entstehen die Rechtsfolgen nicht etwa bloß scheinbar, sondern in Wahrheit. Ihre Eigentümlichkeit liegt allerdings darin, daß sie aufhebungsfähig sind, und daß sie der Aufhebung durch einen contrarius actus des Gerichts ausgesetzt sind. Sie bestehen jedoch, und es kann niemand, bevor nicht die Rechtswirksamkeit aufgehoben ist, einwenden, der betreffende Vorgang sei wirkungslos. Diesen Grundsatz spricht das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 1329, 1343 Abs. 2, 1596 Abs. 3 u. 2342 Abs. 2 aus. Es ist im Falle der Scheidung keine Ausnahme zu machen. Ihre Wirkungen treten ein: Es hört die Lebensgemeinschaft auf mit ihren persönlichen Rechten und Pflichten, ebenso die vermögensrechtlichen Wirkungen; es treten ferner sämtliche im 7. Titel behandelten Wirkungen ein, die allerdings zur weiteren Voraussetzung die in dem Urteil ausgesprochene Alleinschuld des einen oder anderen Ehegatten an der Scheidung haben.[2]) Den sich hieraus ergebenden Pflichten gegenüber kann nun der Ehegatte sich nicht etwa darauf berufen, daß diese Wirkungen der Aufhebung ausgesetzt sind. Bis zu dem Akte der Aufhebung durch das auf Restitutionsklage hin ergehende Urteil muß er den durch die Scheidung begründeten Verpflichtungen nachkommen.

Wenn dem so ist, so kann man unmöglich die Aufhebung als Feststellung bezeichnen in dem Sinne, als ob die Aufhebung

[2]) Diese Wirkungen betreffen die Namensführung der Frau, die gegenseitige Unterhaltspflicht gegenüber einem gemeinschaftlichen Kinde, den Widerruf etwaiger gemachter Schenkungen.

deklarierte, die frühere Ehe sei nur scheinbar aufgelöst worden, sie habe also in der Zwischenzeit bestanden.[3]) Die Feststellung kann lediglich die Unrechtmäßigkeit der Scheidung und ihrer Wirkungen aussprechen. Damit beseitigt sie nicht ihre Existenz. Man kann in diesem Falle auch nicht von „Rückwirkung" sprechen, wenn wir darunter ganz allgemein solche Rechtswirkungen meinen, die sich nicht nur auf die Zukunft beziehen, sondern auch für die Vergangenheit von Bedeutung sind (über die im Text vertretene Ansicht von der Rückwirkung ist hier noch nicht zu sprechen). Die Wirkung der Feststellung dagegen hat lediglich Bedeutung für die Zukunft. Es kann von nun an niemand mehr die Rechtmäßigkeit eines Rechtsvorganges behaupten, von dem das Gegenteil richterlich festgestellt wurde. Dadurch wird sich zwar eine Veränderung der materiellen Rechtslage für die Zukunft verhindern lassen, irgendwelche rechtsändernde Einwirkung jedoch auf die bereits vorhandene Rechtslage ist unmöglich.

§ 12.

2. Beruht das Wesen der Rückwirkung darin, daß sie einen rechtlichen Schwebezustand beseitigt?

Eine eigentliche Rückwirkung nimmt Fitting[1]) für das römische Recht an, die von verschiedenen auch für das Reichsrecht übernommen ist.

Fitting glaubt an einer Anzahl von Fällen, in denen man unzweifelhaft Rückziehung annehmen muß, bewiesen zu haben, daß in all diesen Fällen die gleichen Merkmale vorliegen, nämlich stets ein Zustand der Schwebe, der Ungewißheit, des Zweifels, der erst durch ein späteres Ereignis, eben die die Rückziehung bewirkende Tatsache, beseitigt wird.[2]) Die Rück-

[3]) So Planck, DJZ. 1899 S. 38. Auf die Widersprüche, die sich bei Planck in analogen Fällen finden, ist von Hellwig in der DJZ. 1904 Sp. 835—839 und in seinen „Grenzen der Rückwirkung" S. 27 hingewiesen.

[1]) Fitting, Über den Begriff der Rückziehung 1856.

[2]) Fitting a. a. O. S. 19.

ziehung erscheine daher nur als Beseitigung einer Ungewißheit. Sie sei nur das juristisch Bezeugende, das uns über die wahre Natur eines früheren Zustandes Aufschluß gebe.[3])

Es muß Fitting zunächst darin beigestimmt werden, daß das römische Recht Rechtszustände kannte, bei denen es ungewiß war, welche Wirkungen einem bestimmten Ereignis zukommen. Hinzuweisen ist da auf den Fall der Berufung von heredes extranei, wo zwischen der Delation und Akquisition ein Zustand der Ungewißheit vorlag, wem die Erbschaft zufallen würde. Nahm der entferntere Erbe an, so wurde der Erwerb der Erbschaft auf den Augenblick des Todes des Erblassers zurückbezogen.[4]) Hier könnte man allerdings annehmen, daß die Rückziehung nur das Verschwinden des sogen. Schwebens (der Pendenz) der Rechtsverhältnisse bedeute.

Nun glauben wir jedoch, daß diese Beseitigung einer Ungewißheit dem Begriffe der Rückziehung gar nicht wesentlich ist. Wir werden nämlich auch in solchen Fällen Rückwirkung annehmen, wo eine Zwischenzeit der Schwebe gar nicht vorhanden ist. Damit dürfte dann der Beweis erbracht sein, daß das Wesen der Rückziehung andere Begriffsmerkmale aufweist, als es Fitting annimmt.

Zunächst werden wir uns die Stellen ansehen, in denen die Quellen anscheinend eine Begriffsbestimmung geben.[5]) Da ist es vor allem eine Stelle von Paulus (D. 46, 3; 98, 3), die da herangezogen wird. Der betreffende Passus lautet: res cuius fuerit, eventus declaret, sitque et hoc ex his, quae postfactis, in praeteritum, quid fuerit, declarent. Es handelt sich an dieser Stelle um das peculium castrense. Seit Augustus nämlich durfte der Haussohn den Erwerb in seiner Eigenschaft als Soldat wie ein pater familias[6]) frei verwalten und über ihn frei verfügen (D. 49, 15, 3). Wenn man bedenkt, daß er ex causa peculii sogar mit dem Vater Rechtsgeschäfte abschließen konnte (D. 49, 17, 15 I

---

[3]) So S. 118/19.
[4]) D. 29, 2, 54.
[5]) vgl. Fitting a. a. O. S. 5.
[6]) D. 14, 6, 2: vice patrum familiarum fungantur.

und II), wird man wohl annehmen müssen,[7]) daß der Sohn an den Sachen des peculium castrense Eigentum hatte. Die Nachwirkung des alten strengen Rechts zeigt sich bis auf die die Entwicklung abschließende Novelle 118 im Falle der Beerbung. Starb der Haussohn, ohne testiert zu haben, so wurde das peculium castrense mit dem ganzen Vermögen vom Vater eingezogen. Diese Rechtswirkungen erörtert auch Ulpian und wirft im Anschluß hieran (D. 49, 17, 9) die Frage auf, wie es denn sei, wenn der Erbe, dem der filius-miles die Erbschaft deferiert hatte, ausschlägt. Er meint, dieser Fall sei ebenso zu behandeln (et in proposito dicebam) wie jener, wenn beim Tode des filius-miles kein testamentarischer Erbe da sei. Das peculium castrense falle dann rückwärts in das Vermögen des Vaters (dicendum est retro peculium patris bonis accessisse). Diese Rückwirkung veranlaßt, daß Verfügungen des Vaters, die über das peculium castrense zu Lebzeiten des Sohnes vorgenommen wurden, konvaleszieren, falls der Sohn ohne Testament stirbt. Paulus betont jedoch, daß derartige Verfügungen grundsätzlich so aufzufassen seien, als ob der Vater eine fremde Sache hingegeben hätte. „Und wie in diesem Falle", fährt er fort, „die Wirkungen zu zeigen vermögen, wem das Eigentum an der Sache zukommt, so soll auch hier ein späteres Ereignis zu erkennen geben, welcher Rechtszustand in der Vergangenheit vorherrschte." In diesen Worten kann man unmöglich eine Definition der Rückwirkung erblicken. Beziehen sie sich doch ebenso auf den Fall der Verfügung über eine fremde Sache, wo eine Rückziehung gar nicht in Frage kommt. Nur zur Erklärung des Falles werden von Paulus ähnliche Rechtsvorgänge herangezogen und die gemeinsamen Merkmale angeführt.[8])

Man kann auch in dem Worte „declaret" nicht eine Anerkennung dafür sehen, daß vor dem Tode des Haussohnes ein Zustand der Ungewißheit vorherrschte, der sich nunmehr entscheidet. Es ist weder ungewiß, ob ein Rechtsverhältnis besteht, insbesondere ob es einen Träger hat, noch, wer dieses Subjekt

---

[7]) Anders Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 29.

[8]) vgl. auch Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 30 oben.

ist. Ungewiß ist nur, ob die eingetretenen Rechtswirkungen auch rechtsbeständig bleiben. Die Meinung Fittings geht jedoch viel weiter; auch ließe sich aus diesem allgemeinen Gesichtspunkte das Wesen der Rückwirkung nicht bestimmen.

Nicht anders ist die Sache in dem Falle des legatum per vindicationem. Auch Fitting[9]) gibt zu, daß die per vindicationem legierte Sache unmittelbar mit dem Erbschaftsantritt in das Eigentum des Legatars falle. Ein Zwischenzustand im Sinne Fittings existiert nicht. Die Zusammenstellung mit dem peculium castrense in D. de legat. I, 44 pr. und § 1 bestätigt diese Ansicht. Daher kann auch die Rückwirkung, die mit der Ausschlagung durch den Bedachten verbunden ist, nicht als Beseitigung einer Pendenz angesehen werden.

Auch in dem von Fitting angeführten Beispiel von der impetratio dominii kann ein zwingender Beweis für seine Theorie nicht erblickt werden. Der Pfandgläubiger erhält mit dem Zuschlag der verpfändeten Sache auch das Eigentum an ihr. Das in dem biennium luitionis geltend gemachte Einlösungsrecht des Schuldners vernichtet rückwärts die eingetretenen Rechtswirkungen.[10]) Dabei kann jedoch von einer Zwischenzeit der Ungewißheit deshalb nicht gesprochen werden, weil der Eigentumsübergang auf die Pfandgläubiger tatsächlich stattgefunden hat.

Gegen die Fittingsche Theorie ist auch die vielbesprochene Stelle Julians anzuführen, wo ein servus usufructuarius eine Sache erwirbt, ohne sie zu bezahlen. Hier wäre man versucht, anzunehmen, daß es eine Zeit gäbe, während der es ungewiß ist, für wen der Nießbrauchsklave Eigentum erwirbt, ob für den Herrn, dem ja grundsätzlich alles zufällt, was der Sklave erwirbt, oder für den Nießbraucher, der dann Eigentümer wird, wenn die Sache ex re usufructuaria (mit dem Vermögen des Nießbrauchers) erworben ist. Auch hier jedoch kann es nicht zweifelhaft sein, wem das Eigentum an der noch nicht bezahlten Sache zusteht. Der Sklave erwirbt grundsätzlich für seinen Herrn.[11]) Auf ihn

[9]) Fitting, Über den Begriff der Rückziehung S. 50.
[10]) Cod. 834, 3, 3.
[11]) Gai, Institutionen Bd. 1 § 52.

geht also das Eigentum über, solange es ungewiß ist, ob nicht etwa ex re usufructuria erworben werden soll. Ein Zustand der Schwebe in bezug auf das vorliegende Rechtsverhältnis besteht nicht. In dem Augenblicke, in dem durch Zahlung des Nießbrauchers der Erwerb ex re usufructuaria feststeht, geht das Eigentum mit rückwirkender Kraft auf den Nießbraucher über.[12])

Von großer Bedeutung gerade für den hier vorliegenden Fall ist das ius postliminii. Es wird sowohl von den Anhängern[13]) der Gültigkeit der ersten Ehe wie von deren Gegnern[14]) als analoger Fall herangezogen. Fitting meint, die Kriegsgefangenschaft verursache einen Zustand der Ungewißheit, dessen eigentliche rechtliche Natur erst durch ein späteres Ereignis, den Tod oder die Rückkehr, offenbar werde. Sterbe der Römer in der Gefangenschaft, so werde nach der lex Cornelia jene Zwischenzeit dahin aufgeklärt, er sei im Augenblick der Gefangennahme als römischer Bürger gestorben; kehre er zurück, dann werde durch die Heimkehr klargestellt, daß er immer römischer Bürger gewesen sei. Also wieder dieselben Merkmale: ein Schwebezustand, dessen Beseitigung durch das rückwirkende Ereignis bewirkt werde.

Was den wichtigen Fall der Ehe des Gefangenen betrifft, so werde allerdings mit Rücksicht auf D. 24, 2, 1 auch deswegen, weil in D. 23, 2 u. 45, 6 nur die Ehe mit der liberta trotz Gefangennahme propter reverentiam patroni als fortbestehend angenommen werde, eine Ausnahme von diesem Grundsatz statuiert. Hier müsse an Stelle des Scheins objektive Gewißheit treten.[15])

---

[12]) Zu demselben Resultat gelangt Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 29. Er verweist auf den gleichfalls von Julian entschiedenen Fall (D. 19, 1; 24), wem aus einem von dem servus usufructuarius abgeschlossenen, jedoch noch von keiner Seite erfüllten Kaufvertrage die actio emti zustehe. Daraus, wie Julian den Fall entscheidet, müsse man notwendig die Konsequenz ziehen, die actio emti stehe in aller Regel dem Herrn zu; es bestehe nur die Möglichkeit, daß das vom Sklaven erworbene Recht dem Nießbraucher zufallen könne.

[13]) s. Helbig, Gültigkeit bezw. Ungültigkeit usw. (Diss.) S. 32.

[14]) s. Hellwig in der DJZ. 1904 Sp. 835—839.

[15]) So Helbig, Diss. S. 33.

Diese Sonderbehandlung der Ehe ist nicht berechtigt. Nach römischem Rechte hatte, wie aus den oben angeführten Stellen zu folgern ist, die Rückkehr des römischen Bürgers aus der Gefangenschaft auf die durch die Gefangennahme gelöste Ehe grundsätzlich keinen Einfluß. Die erste Ehe blieb getrennt, eine anderweitige Eheschließung der Zurückgebliebenen gültig. Nur die liberta, die dem Patron Treue zu bewahren hatte, blieb dem Herrn ehelich verbunden. Diese Folgen traten jedoch nicht deswegen ein, weil in Ehesachen an Stelle des Scheins objektive Gewißheit zu treten hatte. Vielmehr sind die anzuwendenden Regeln nur ein Ausfluß des allgemeinen Prinzips, daß mit der Gefangennahme die capitis deminutio mit all ihren Wirkungen eintritt. In diesem Augenblicke ist der Gefangene nicht mehr pater familias, nicht mehr Eigentümer seiner Sache, Gläubiger oder Schuldner, nicht mehr Ehegatte usw. Weil dies der Fall, wird vom Gesetzgeber die fictio legis Corneliae angewandt. Sonst würde ja ein servus gestorben sein, der nicht testieren kann, der überhaupt nicht beerbt werden kann. So ist gerade die lex Cornelia ein Beweis dafür, daß im Augenblick der Gefangennahme die Wirkungen der capitis deminutio eintreten, daß somit eine Zwischenzeit des Zweifels, die durch die Rückziehung beseitigt wird, gar nicht vorliegt.

Auch dem Bürgerlichen Gesetzbuch sind Pendenzverhältnisse völlig fremd. Jener dem römischen Recht eigentümliche Zwischenzustand, während dessen es ungewiß war, ob der Berufene erben würde, besteht nicht. Es gilt heute der deutschrechtliche Gedanken zur Geltung bringende Satz: Der Tote erbt den Lebendigen. Jede Erbschaft hat mit dem Erbfall einen Erben, auch wenn dieser (z. B. der nasciturus) noch nicht bekannt ist. Daß sich Schwebezustände im Wege der Interpretation aus dem Gesetze ergeben könnten, ist von niemandem behauptet.[16])

---

[16]) Hellwig (Grenzen der Rückwirkung S. 30/31) weist auf zwei Fälle im BGB. hin, wo sich ein wahres Pendenzverhältnis zu ergeben scheint. Man könnte annehmen, solange es unsicher ist, ob erworbene Wertpapiere mit dem Vermögen des Mannes oder aus dem eingebrachten Gute der Frau bezahlt werden sollen, sei es auch ungewiß, auf wen das Eigentum übergehe. Dies ist nicht der Fall. Kauft der Ehemann Wertpapiere (§ 1381

Wir können somit die Ansicht Fittings, so einfach sie auch erscheinen mag, nicht übernehmen. Der Begriff der Rückwirkung läßt sich ohne Zuhilfenahme einer Fiktion nicht erklären. Weil das Gesetz Geschehnisse nicht in die Vergangenheit hineinzaubern kann, solche, wenn sie einmal geschehen, auch nicht umgestalten kann, vermag es nur hinsichtlich der Rechtswirkungen des mit Rückwirkung ausgestatteten Vorgangs zu bestimmen, daß sie so einzutreten haben, als ob das Ereignis bereits in der Vergangenheit sich ereignet hätte. So hat, wenn die Ehe gelöst worden, die Rückwirkung der Aufhebung die Bedeutung, daß hinsichtlich der Rechtswirkungen es so zu halten ist, als ob die Ehe nicht gelöst worden wäre.

Mit dieser Auffassung vom Wesen der Rückwirkung ist es wohl vereinbar, wenn in den angeführten Stellen und auch sonst häufig die Wendungen wiederkehren: utique, quid fuerit, eventus declarat, ex post facto apparuit, retro ducitur et apparet und ähnliche. Es handelt sich da um praktische Fälle, deren Beurteilung erst die Darlegung jener Rechtslage ermöglicht, die sich infolge der Rückwirkung darbietet. Nicht Ausführungen über das Wesen der Rückwirkung enthalten jene Quellenstellen, sondern über deren Folgen.

BGB.), ohne sie zu bezahlen, so geht das Eigentum auf ihn über. Bezahlt er sie später mit Mitteln des eingebrachten Gutes, so geht das Eigentum mit rückwirkender Kraft auf die Frau über. — Auch im Falle des § 941 Satz 2 BGB. in Verbindung mit § 212 Abs. 2 BGB. liegt eine Zeit des Schwebens eines Rechtsverhältnisses nicht vor. Diesem Endresultat Hellwigs ist beizustimmen; er interpretiert allerdings § 212 BGB. anders. Klagt der Eigentümer gegen den Eigenbesitzer, so wird die Ersitzung unterbrochen. Wird der Kläger ohne Entscheidung zur Hauptsache abgewiesen, so tritt jene Wirksamkeit mit rückwirkender Kraft nicht ein (§ 212 Abs. 1 BGB.). Läuft die Ersitzungszeit nach der Klageerhebung ab, so erwirbt der Eigenbesitzer Eigentum. Erhebt der abgewiesene Kläger binnen sechs Monaten die Klage, so wird er ex tunc Eigentümer, da die neue Klageerhebung der ersten ihre Wirksamkeit zurückgibt (Fischer-Henle, BGB. 7. Aufl. Bem. 2 zu § 212 und Planck in seinem Komm. 3. Aufl. Bem. zu § 212). Jene Erscheinung, daß bei einer derart wiederholt durchgeführten Rückwirkung man eine Unterbrechung der Ersitzung anerkennen muß, nach ihrer Vollendung, ist angesichts der hier vertretenen Ansicht über die Rückwirkung nichts Sonderbares.

3. Die rückwirkende Kraft der Aufhebung.

§ 13.

a) Aufhebung durch Willenserklärung.

Der Begriff der Rückwirkung bei der Aufhebung kann nicht allein an dem hier vorliegenden Fall der Aufhebung des Scheidungsurteils entwickelt werden. Es ist notwendig, auf ähnliche Akte aus dem Gebiete des Privat- und Prozeßrechts einzugehen.

Es ist bereits im Anschluß an das über die Fittingsche Theorie Gesagte auf Rechtsinstitute hingewiesen worden, wo das Gesetz eine Rückwirkung statuiert. So werden bei der Regelung der Ersitzung (§§ 940, 941 BGB.) an bestimmte Geschehnisse geknüpfte Rechtswirkungen (Unterbrechung der Ersitzung) auf Grund späterer Vorgänge als nicht eingetreten angesehen (§§ 940 Abs. 2 u. 941 in Verbindung mit § 212 Abs. 1 BGB.), oder, wo die Wirksamkeit einem bestimmten Geschehnis (Fristablauf) versagt ist (der eben erwähnte Fall: § 941 BGB. in Verbindung mit § 212 Abs. 1 BGB.), erst infolge des rückwirkenden Vorgangs der Rückwirkung in der Weise normiert, als ob die Rechtswirkungen bereits in einem bestimmten Zeitpunkt der Vergangenheit eingetreten wären (§ 941 in Verbindung mit § 212 Abs. 2 BGB.).

Allerdings handelt es sich hier um singuläre, im Interesse der Rechtssicherheit geschaffene Institute, wie dies besonders bei der Regelung der Verjährung, auf die in den zitierten Paragraphen verwiesen wird, der Fall ist, wo die Voraussetzungen gegeben werden, unter denen das Leistungsverweigerungsrecht (Einrede der Verjährung) zur Entstehung gelangt. Ebenso werden bei der Ersitzung die Bedingungen dafür gegeben, wie kraft positiver gesetzlicher Vorschrift durch Fristablauf Eigentum zur Entstehung gelangt. Vorgänge des Lebens, die, weil vom Recht anerkannt, bestimmte Rechtswirkungen zur Entstehung bringen, liegen nicht vor.

Das eigentliche Anwendungsgebiet der Rückwirkung sind vielmehr diejenigen Rechtsinstitute, bei denen ein Rechtsverhältnis durch Ausübung der oben S. 18 skizzierten Gestaltungsrechte

zur Entstehung, Aufhebung oder weiteren Entwicklung gebracht wird.

Besonders deutlich zum Ausdruck gebracht wird die Rückwirkung im § 184 BGB. bei dem Rechtsinstitut der Genehmigung. Das der nachträglichen Zustimmung bedürftige Rechtsgeschäft ist an sich unwirksam. Hat z. B. ein Minderjähriger (§ 108 BGB.) ohne Einwilligung über eine Sache verfügt, so geht das Eigentum, weil die Einigung unwirksam ist, auf den Erwerber nicht über, verbleibt vielmehr bei dem Veräußerer. Zur Vornahme von Rechtsgeschäften war der Genehmigende allein berechtigt.

Die Genehmigung wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. Dies gilt für die Begründung wie Aufhebung von Rechten, aber auch für den Besitzerwerb (Entsch. d. RG. Bd. 24 S. 310) und die Klagerhebung (RG. Bd. 9 S. 68). Überall treten die Rechtswirkungen des genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts erst mit der Genehmigung ein, dann allerdings mit rückwirkender Kraft. Erst jetzt wird in dem angeführten Beispiel der dingliche Vertrag perfekt und geht Eigentum auf den Erwerber über.

Die rückwirkende Kraft jedoch bewirkt, daß die Rechtswirkungen auf den Zeitpunkt der Vornahme des genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts zurückbezogen werden, mit anderen Worten, daß diejenige Rechtslage einzutreten hat, als ob jenes Rechtsgeschäft vollwirksam gewesen wäre.

Als Folge dieser Rückwirkung tritt die bereits hier zu erwähnende Erscheinung ein, daß Rechtsgeschäfte, die auf Grund des unwirksamen Rechtsgeschäfts vorgenommen wurden, mit Eintritt der rückwirkenden Genehmigung konvaleszieren.[1])

Wir wenden uns nunmehr dem Rechtsinstitut der Anfechtung zu, die in Verbindung mit den verschiedensten Rechtsverhältnissen vorkommt.

Wo die Rückwirkung bei der Anfechtung anzuwenden sein wird, da wird im Gegensatz zu der Genehmigung in der Regel eine Kollision von Rechten Dritter entstehen, indem das anfecht-

---

[1]) vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 13 S. 18.

bare Rechtsgeschäft vollwirksame Rechtswirkungen hervorbringt, die dann mit Rückwirkung fortfallen.[2])

Daher muß den folgenden Ausführungen jener Fall zugrunde gelegt werden, daß die durch das anfechtbare Rechtsgeschäft begründete Rechtslage praktisch noch nicht ausgenutzt worden ist, mit anderen Worten, daß lediglich das anfechtbare Rechtsgeschäft abgeschlossen ist und nur dieses durch die Anfechtung aufgehoben wird.

§ 142 BGB. enthält die Fiktion, das anfechtbare Rechtsgeschäft sei als von Anfang an nichtig anzusehen. Damit ist gesagt, daß das angefochtene Rechtsgeschäft nicht nichtig ist. Vielmehr entsteht das Rechtsgeschäft und ist von vornherein wirksam. Es wird es nicht etwa erst mit Ablauf der Anfechtungsfrist. Die eingetretenen Rechtswirkungen bestehen bis zur Anfechtung.[3])

Erfolgt diese, so werden im Augenblick der Ausübung der einseitigen Anfechtungserklärung die Rechtswirkungen rückwärts aufgehoben. Ist, um bei dem oben angeführten Beispiel zu bleiben, durch anfechtbares Rechtsgeschäft eine Sache veräußert worden, so hat der Veräußerer das Eigentum an der Sache zugunsten des Erwerbers verloren. Mit der Rückwirkung tritt jene Rechtslage ein, als habe der Veräußerer das Eigentum nicht verloren.

Also zeigt sich auch in diesem Falle das Wesen der Rückwirkung darin, daß die Rechtslage derart zu beurteilen ist, als ob die Rechtswirkungen des mit der rückwirkenden Kraft aus-

---

[2]) Im Falle der Genehmigung tritt diese Kollision nur dann ein, wenn der Genehmigende und der Unberechtigte verfügen und letztere Veräußerung durch die spätere Zustimmung Gültigkeit erlangt.

[3]) Dahin die herrschende Meinung (Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3 zu § 142 BGB.; auch Helbig, Diss. S. 35); auch Planck (Komm. Bd. 1 S. 183) erkennt die Wirksamkeit an. Gegen seine mit Rücksicht auf Rechte Dritter angewandte, allerdings unzutreffende Bezeichnung (Bd. 1 S. 253): „Wer durch ein anfechtbares Rechtsgeschäft ein Recht übertragen hat, hat dieses Recht, wenn die Anfechtung erfolgt, nie verloren", wendet sich Hellwig in der DJZ. 1904 S. 836 f. in den „Grenzen der Rückwirkung" S. 27; vgl. auch Philler, Die Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen, Diss. Berlin 1906, S. 90/91.

gestatteten Vorgangs bereits in einem bestimmten Zeitpunkt der Vergangenheit eingetreten wären.

Wo die Rückwirkung sonst im Gesetze vorgeschrieben ist, ist ihre Rechtsnatur die oben geschilderte. Besonders hingewiesen sei noch auf bedingte Verfügungen. Das Gesetz läßt allerdings mit Eintritt der Bedingung die Rechtswirkungen ex nunc eintreten. Es sind daher auch grundsätzlich die weiteren Verfügungen des unter einer aufschiebenden Bedingung Verfügenden (bei der auflösenden Bedingung des aus der Verfügung Berechtigten) wirksam. Sie bleiben es, wenn sie auch den an die Bedingung geknüpften Wirkungen entgegenstehen, falls sich die Bedingung nicht erfüllt. Im Falle des Eintritts der Bedingung werden sie mit Rückwirkung insoweit unwirksam, als sie geeignet sind, die von der Bedingung abhängigen Wirkungen zu beeinträchtigen. Nur insoweit kommt dem § 161 BGB. rückwirkende Kraft zu.[4])

§ 14.

b) Aufhebung durch gerichtliche Entscheidung.

aa) Von Privatrechtsakten.

Das auf Grund privatrechtlicher Rechtsinstitute für das Wesen der Rückwirkung gefundene Ergebnis kann auf das prozessuale Gebiet nicht ohne weiteres übertragen werden. Vielmehr nötigt uns der in der Literatur vertretene und auch vom Reichsgericht anerkannte Grundsatz,[1]) daß die Rückwirkung des Privatrechts (in der betreffenden Reichsgerichtsentscheidung der Aufrechnung) auf prozessualem Gebiet wirkungslos sein kann, dazu, völlig unabhängig von dem Privatrecht den Begriff der Rückwirkung aus dem Prozeßrecht herzuleiten.

Rückwirkende Kraft im Prozeßrecht liegt in den Fällen vor, in denen eine Aufhebung von Rechtsvorgängen durch gerichtliche

---

[4]) Darüber Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 31—33.

[1]) Hellwig, Lehrb. d. deutschen Zivilprozeßrechts Bd. 1 S. 277/78; Entsch. d. RG. Bd. 58 Nr. 65.

Entscheidung stattfindet,[2]) wenn durch den aufgehobenen Vorgang in ungerechtfertigter Weise[3]) das materielle Recht unmittelbar umgestaltet wurde.[4])

Die Aufhebung durch Staatsakt kann zum Gegenstande haben:

1. Privatrechtsakte, die jedoch kraft gesetzlicher Vorschrift nur durch einen Gerichtsakt aufgehoben werden können (durch Urteil), oder aber

2. gerichtliche Entscheidungen, die infolge „Anfechtung" rückwärts vernichtet werden.

Die Fälle, in denen ein Privatrechtsakt mit Rückwirkung aufgehoben wird, gehören hauptsächlich dem Familienrecht an. Es sind vornehmlich die Ehenichtigkeits- und Anfechtungsklagen. Allerdings ist die Natur dieser Klagen, wie überhaupt das Wesen der nichtigen und anfechtbaren Ehe außerordentlich bestritten. Hier, wo es sich nur um die Entwicklung des Begriffs der Rückwirkung handelt, sei folgendes erwähnt.

---

[2]) Die Aufhebung von Rechtszuständen führt zu einer Aufhebung ex nunc. So bei der Scheidungsklage, der Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, auf Trennung von Tisch und Bett, auf Aufhebung des ehemännlichen Verwaltungs- und Nutznießungsrechts, auf Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftpflicht, auf Ausschließung eines Gesellschafters aus einer offenen Handelsgesellschaft u. a.

[3]) War der Rechtsvorgang zur Zeit seiner Entstehung gerechtfertigt und hat er diese Eigenschaft erst jetzt verloren, so erfolgt die Aufhebung ex nunc. Über die Bezeichnung „ungerechtfertigt" im Gegensatz zu „nicht mehr gerechtfertigt" vgl. Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 39 Anm. 2, der daselbst auf den § 32 FGG. u. ZPO. § 945 verweist. Der Ausdruck ist dem von Nußbaum (Prozeßhandlungen S. 28 ff.) gewählten engeren Begriff der „Mangelhaftigkeit" vorzuziehen. Letztere bietet (s. das S. 28 Ausgeführte) die Veranlassung für eine Nachprüfung der Rechtmäßigkeit.

[4]) Die Aufhebung von Feststellungsurteilen ist, wie S. 30 ausgeführt, allerdings konstitutiv. Eine Rückwirkung liegt jedoch nicht vor. Hat der als Schuldner Festgestellte geleistet, so tut er dies auf eigene Gefahr und muß nun, um das Gezahlte zurückzuerhalten, eine neue Klage, die condictio anstellen. Erging auf Grund des aufgehobenen Feststellungsurteils ein Leistungsurteil, so kann nur mit Restitutionsklage auf Grund des § 580 Ziff. 7 b ZPO. die Rechtsverletzung ausgeglichen werden. Hellwig, Die Grenzen der Rückwirkung S. 21, bes. die Anm. 5.

Die nichtige Ehe (Scheinehe) wird von der herrschenden Meinung[5]) grundsätzlich als von Anfang an nichtig angesehen. Jedoch wird eine Reihe von Ausnahmen statuiert, die diese Regel durchbrechen. Nun betreffen aber diese Ausnahmen nicht nur das Verhältnis der Ehegatten zueinander, zu ihren Kindern, sondern auch zu Dritten, so daß die „Regel" nur in den allerseltensten Fällen anzuwenden sein wird. Der Grund für eine derartige Konstruktion ist wohl in dem vom Gesetz gewählten Ausdruck Nichtigkeit zu erblicken. M. E. ist davon auszugehen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch auch auf dem Gebiete des Eherechts die Nichtigkeit unter Voraussetzungen eintreten läßt, die den im allgemeinen Teil statuierten analog sind, daß jedoch ihre Geltendmachung eine Sonderregelung erfahren hat.

Dieser Satz war im 1. Entw. geradezu ausgesprochen: Es wurde im § 108 der Begriff der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften entwickelt und in § 1252 auf nichtige Ehen übertragen, jedoch mit der wesentlichen Abweichung, daß die Ehe bis zur Nichtigerklärung bestehe. Und dies hat auch für das Bürgerliche Gesetzbuch Geltung. Ist eine Ehe ins Heiratsregister eingetragen, so existiert sie (im Gegensatz zur Nichtehe), wenn sie auch mit schweren Mängeln behaftet ist, die ihre Nichtigkeit herbeiführen können.[6])

Nichtig im Sinne der §§ 116 ff. BGB. ist die gegen den § 1317 BGB. verstoßende Ehe, die auch nicht ins Heiratsregister eingetragen ist. Ihr Nichtvorhandensein kann zu jeder Zeit auf jede Art geltend gemacht werden. Die nichtige Ehe der §§ 1323 bis 1328 BGB. existiert trotz des Mangels und hat die Wirkungen der vollgültigen Ehe.

---

[5]) Die Literatur ist bei Langheineken, Urteilsanspruch S. 246 zusammengestellt. Außerdem vgl. Fischer-Henle, Bürgerl. R. 7. Aufl. 1907 § 1329 Anm. 1 Satz 2; Cosack, Lehrb. des bürgerl. R. 4. Aufl. 1903 Bd. 2 S. 481; Planck, Komm. z. BGB. Bd. 4 § 13, 43 N. 3.

[6]) Im Gegensatz zur anfechtbaren Ehe ist die Gemeinschädlichkeit des Fortbestehens einer nichtigen Ehe darin zum Ausdrucke gebracht, daß nicht nur die Ehegatten, sondern auch der Staatsanwalt und jeder berechtigte Dritte Kläger sein kann; ferner dadurch, daß nach Auflösung der Ehe die Nichtigkeit auch anders als durch Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann.

Gegen die Ansichten derjenigen, die die Nichtigkeitsklage als Feststellungsklage ansehen, ist folgendes anzuführen:

1. Eine latente Nichtigkeit, die erst durch einen bestimmten Rechtsvorgang zutage tritt, gestaltet die juristische Konstruktion, auf die allein es hier ankommt, nicht gerade einfach.

2. Die Bestimmung des § 1329 BGB. mag vornehmlich prozessualer Natur sein. Sie enthält zugleich die materielle Vorschrift, daß die Nichtigkeit der Ehe erst mit der Rechtskraft zutage tritt. Wenn man in diesem Falle ein deklaratorisches, die Nichtigkeit als von Anfang an vorhanden erklärendes Urteil annimmt, so muß man den Begriff des konstitutiven Urteils überhaupt verwerfen. Es läßt sich dann jedes Gestaltungsurteil in der Weise auffassen, daß Rechtswirkungen ipso iure eintreten, aber erst, nachdem sie gerichtlich festgestellt sind, geltend gemacht werden können.

Wir sehen demnach die Nichtigkeitsklage als Gestaltungsklage an;[7]) mit Rechtskraft des konstitutiven Urteils wird das Rechtsverhältnis der Ehe rückwärts aufgehoben.

Ebenso verhält es sich mit der Anfechtungsklage. Allerdings wird bei dieser Klagart mit Rücksicht auf den unzweideutigen § 1343 BGB. selbst von denjenigen, die das Ehenichtigkeitsurteil als ein bloß deklaratorisches auffassen,[8]) ein konstitutives Urteil mit rückwirkender Kraft angenommen. Zur Begründung der Auffassung, daß die Anfechtungsklage eine konstitutive ist, glaube ich auf das über die Nichtigkeitsklage Gesagte verweisen zu können.

Zu den Klagen, wo durch Urteil ein Privatrechtsakt aufgehoben wird, gehört auch die den Erbschaftserwerb des Erben wegen Unwürdigkeit anfechtende. Das auf diese Klage ergehende Urteil wird trotz des § 2342 Abs. 1 Satz 2 BGB., der von Erbunwürdigkeits*erklärung* spricht, von der herrschenden

---

[7]) Ebenso *Hellwig*, Lehrb. Bd. 1 S. 239, Anspruch und Klagerecht S. 464ff., Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 451; *Stein* in Gaupp-Stein Bd. 1 S. 514, Bd. 2 S. 198; *Oetker*, Grundbegriffe Bd. 1 S. 579 Anm. 4; *Langheineken*, Urteilsanspruch S. 246; auch die Dissert. von *Philler* S. 30ff.; *Helbig* a. a. O. S. 36ff.

[8]) s. *Fischer-Henle* a. a. O. § 1343 Note 3.

Meinung als konstitutives Urteil aufgefaßt.[9]) Dem ist zuzustimmen. Die Klage kann nur erhoben werden, wenn die Erbschaft dem Erben bereits angefallen ist (§ 2340 Abs. 2 Satz 1 BGB.). Der Anfechtungsgegner bleibt Erbe, bis die Anfechtung mit Rechtskraft des Urteils Wirksamkeit erlangt hat (§ 2342 Abs. 2 BGB.). Die Wirkung besteht darin, daß der Anfall der Erbschaft an den Erben als nicht erfolgt gilt (§ 2344 Abs. 1 BGB.), vielmehr die Erbschaft demjenigen zukommt, der berufen sein würde, wenn der Erbunwürdige zur Zeit des Erbfalles nicht gelebt hätte. Die Rechtslage ist dann so anzusehen, als ob der Anfall mit dem Eintritt des Erbfalls erfolgt wäre (§ 2344 Abs. 2 BGB.).

Auch in diesem Falle ist also das Wesen der Rückwirkung das oben geschilderte. Es tritt eine materielle Rechtsänderung in der Weise ein, als ob bestimmte Rechtswirkungen bereits in der Vergangenheit eingetreten wären.

§ 15.

bb) Von konstitutiven Staatsakten.

1. In der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Wir wenden uns nunmehr denjenigen Fällen zu, bei denen die Aufhebung einen subjektiv und objektiv dem hier vorliegenden Fall analogen Tatbestand aufweist.[1])

Es kommen da all die Staatsakte in Betracht, die eine gerichtliche Entscheidung mit rückwirkender Kraft aufheben.[2])

Darauf, ob die durch den angefochtenen Akt bewirkte Rechtswirkung ebensogut durch eine Willenserklärung herbeigeführt werden konnte, kommt es nicht an. Maßgebend ist lediglich der Umstand, daß eine gerichtliche Entscheidung mit

---

[9]) Literatur bei Helbig, Dissert. S. 36 Anm. 1.

[1]) Die am Anfang des § 14 erwähnten Voraussetzungen (eine ungerechtfertigte materiell ändernde Entscheidung) müssen auch hier vorliegen.

[2]) Bereits S. 28 war auf diese Rechtsbehelfe hingewiesen. Sie werden unter der Bezeichnung „Anfechtung“ zusammengefaßt und verfolgen den Zweck, ungerechtfertigte Gerichtsakte ex tunc zu vernichten.

den daran geknüpften Rechtswirkungen vorliegt, die nur nach den für die Aufhebung von Gerichtsakten geltenden Regeln zu beseitigen ist. Mag also das Urteil aus § 894 ZPO., weil seine Rechtswirkungen nur einen Privatrechtsakt surrogieren, „der Willenserklärung selbst gleichwertig sein", es kann nur durch Anfechtung in der vom Gesetz bestimmten Weise aufgehoben werden.[3])

Die aufzuhebende Entscheidung kann der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit angehören.[4])

Aus dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit kommen nur solche Akte in Betracht, bei denen die materielle Rechtsänderung ausschließlich durch den Gerichtsakt herbeigeführt wird. Das Gesetz kann wohl, wie dies Hellwig[5]) zutreffend kennzeichnet, weitere Voraussetzungen bestimmen, die die Bedingung dafür bilden, daß der Rechtsakt vorgenommen werden darf, aber nicht dafür, daß er wirkt. Unsere Untersuchung erstreckt sich also nicht auf Akte, die entweder nur beurkunden oder bei denen die Rechtsänderung zwar nicht ohne einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor sich gehen darf, die Rechtswirkung aber nicht oder nicht ausschließlich auf diesem beruht (z. B. die Eintragung ins Heiratsregister).

Für uns kommt in Betracht vor allem eine große Zahl der dem Vormundschaftsgericht zugewiesenen Sachen, insbesondere die Anordnung der Vormundschaft oder Pflegschaft und deren Aufhebung (§§ 1774, 1897, 1909 ff. BGB.), die Genehmigung für den Vormund oder Pfleger bei Abgabe von Willenserklärungen für den Bevormundeten (§§ 1437, 1549, 2275, 1484, 1492, 1493 BGB.), die Ersetzung von Zustimmung oder Einwilligung in den

---

[3]) vgl. Nußbaum, Prozeßhandlungen S. 32; a. M. Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 451.

[4]) Der Unterschied kommt hier nicht in Betracht. Liegt ein konstitutiver Staatsakt vor, so sind jene Rechtsvorgänge, die zu seinem Erlaß geführt haben, irrelevant. Insbesondere fällt nicht ins Gewicht, ob die gerichtliche Entscheidung ein Gestaltungsrecht, das im Rechtsstreit als vorhanden festgestellt wurde, voraussetzte, oder ob die Rechtsänderung ausgesprochen wird, ohne daß die Parteien einen Prozeß vorangehen ließen.

[5]) Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 48.

verschiedensten Fällen (z. B. §§ 113, 1304, 1308, 1337 BGB.) und sonstige Handlungen des Vormundschaftsgerichts, wie die Volljährigkeitserklärung, die Ermächtigung für den Ehemann im Falle des § 1358 BGB., die Genehmigung zum Antrage auf Ehelichkeitserklärung (§ 1729 BGB.), zur Annahme an Kindesstatt (§§ 1750, 1751, 1770 BGB.) und andere. Unter den Verrichtungen des Nachlaßgerichts sei hier die Ernennung von Testamentsvollstreckern (§§ 2200, 2227 BGB.) erwähnt, die Bestellung eines Abwesenheitspflegers im Falle des § 88 FGG., Erteilung der Genehmigung im Falle des § 97 FGG. Hierher gehört auch die in § 145 FGG. erwähnte Tätigkeit des Registerrichters bei der Ernennung und Abberufung von Liquidatoren (§§ 146, 147, 295, 331 HGB., § 83 d. Ges. v. 1. 5. 1889; § 66 d. Ges. v. 20. 4. 1892), vor allem aber, wenn durch besonderen Staatsakt die Rechtspersönlichkeit verliehen wird oder eine juristische Person (Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung [§ 200 HGB. u. § 11 d. Ges. v. 20. 4. 1892]) erst mit der Eintragung entsteht.

Daß diese Verfügungen, auch wenn sie ungerechtfertigt sind, wirksam sind, versteht sich mit Rücksicht auf die Postulate der Rechtssicherheit von selbst. Das streng geregelte Verfahren, nach dem Verfügungen abgeändert oder aufgehoben werden können (die §§ 18 ff. FGG.), schließt jede andere Möglichkeit der Geltendmachung der Aufhebbarkeit aus.

Erfolgt die Aufhebung, so finden wir allerdings im Gesetze keine Bestimmung dafür, wann rückwirkende Kraft eintritt; das Gesetz enthält jedoch zwei Vorschriften, die die Rückwirkung zur Voraussetzung haben.

Es ist dies vor allem der § 32 FGG., betreffend Verfügungen, durch die jemand die Fähigkeit oder die Befugnis erlangt zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder zur Entgegennahme einer Willenserklärung. Hierhin gehören all die oben angeführten Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, so daß sich an diesen Fällen das Wesen der Rückwirkung feststellen läßt.

§ 32 FGG. wäre vollständig überflüssig, wenn der Aufhebung lediglich Wirkungen für die Zukunft zukämen. Ist z. B. eine Volljährigkeitserklärung zu Unrecht erfolgt, so könnte es im Falle einer lediglich ex nunc erfolgenden Aufhebung keinem

Zweifel unterliegen, daß die inzwischen vorgenommenen Rechtsgeschäfte gültig bleiben. Dann wäre die Bestimmung des § 32 FGG. überflüssig und zwecklos. Deshalb muß man annehmen, daß grundsätzlich die Aufhebung auf den Zeitpunkt der Vornahme des ungerechtfertigten Staatsakts zurückzuziehen ist. Die Ausnahmevorschrift, die in § 32 FGG. enthalten ist, hat die Regel, daß grundsätzlich Rückwirkung einzutreten hat, zur Voraussetzung.

Eine Konsequenz des zu beweisenden Prinzips ist ferner § 61 FGG. Hat der unter vorläufige Vormundschaft Gestellte entgegen dem § 114 BGB. ein Rechtsgeschäft abgeschlossen, so gilt dieses, wenn die Verfügung aufgehoben wird, als von vornherein vollwirksam.[6])

§ 16.

2. Im Prozeß erlassene Beschlüsse und Verfügungen.

Wenn wir nunmehr auf das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit (Aufhebung einer Entscheidung des Prozeßrichters) übergehen, so wollen wir der Untersuchung über die Aufhebung von Urteilen eine solche über die rückwirkende Reszission von konstitutiven Beschlüssen vorausschicken.[1])

---

[6]) Es sei hier zur Erklärung der Rückwirkung auch auf den § 12 des Warenzeichengesetzes (Ges. v. 12. 5. 1894) hingewiesen. Die Eintragung in die Zeichenrolle ist ein konstitutiver Staatsakt (vgl. darüber Cosack, Handelsr. S. 78 u. 80). Er wirkt auch, wenn er zu Unrecht eingetragen wird, er wirkt nicht, wenn er trotz gehöriger Anmeldung durch ein Versehen des Patentamts nicht eingetragen ist. Wird das Zeichenrecht von irgend jemand verletzt, so entstehen für den Berechtigten die verschiedenen Rechtsansprüche (auf Unterlassung, Schadensersatz, Buße, Kriminalstrafe). Erfolgt die Löschung, bevor diese Rechte geltend gemacht sind, so verliert der Zeicheninhaber diese Rechtsbehelfe, „soweit ein Rechtsgrund für die Löschung bereits früher vorgelegen hat". Mit anderen Worten, soweit der konstitutive Staatsakt ungerechtfertigt ist, wird er mit rückwirkender Kraft aufgehoben. Die Rechtslage ist nunmehr so anzusehen, als ob die Rechtswirkungen der Eintragung nicht eingetreten wären (vgl. Hellwig, Grenzen der Rückwirkungen S. 31).

[1]) Entscheidungen, die lediglich prozeßleitender Natur sind, kommen hier nicht in Betracht.

Die überwiegende Zahl der Beschlüsse und Verfügungen wird bereits mit der Verfügung oder Zustellung wirksam, wie z. B. der Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren (§ 89 ZVG.), der Konkurseröffnungsbeschluß u. a. Die Anfechtung dieser Akte erfolgt daher in der Regel im ordentlichen Rechtsmittelwege (Beschwerde).

Soweit diese Beschlüsse ex tunc kassiert werden können, ergibt sich dasselbe Bild von der Rückwirkung der Aufhebung wie bisher. Bis die Anfechtung durchgeführt ist, bestehen diese Staatsakte. So bleibt die Zahlungssperre in Wirksamkeit (§ 1022 ZPO.), treten die mit der Konkurseröffnung verbundenen Folgen ein und üben die Wirkungen des Zuschlags (§ 90 ZVG.) ihre Kraft aus.

Tritt der rückwirkende Aufhebungsakt ein, so fallen die Wirkungen weg, als seien sie niemals eingetreten. Die Rechtslage wird so angesehen, als seien durch den Zuschlag Rechte Dritter (§ 52 ZVG.) nicht erloschen,[2]) der Konkurs nicht eröffnet.

Über die Konvaleszenz von Rechten Dritter enthält eine wichtige Bestimmung der § 115 Abs. 1 Satz 1 BGB. Er spricht von der prozessualen Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses. Dieser unzweifelhaft konstitutive Staatsakt bewirkt Geschäftsunfähigkeit im Falle des § 104 Ziff. 3, beschränkte Geschäftsfähigkeit, wenn die Entmündigung auf Grund des § 114 BGB. ausgesprochen wurde. Wird infolge Anfechtungsklage der die Entmündigung aussprechende, jedoch zu Unrecht ergangene[3]) Beschluß aufgehoben (§ 672 ZPO.), so entfallen diese Wirkungen rückwärts. Und weil nunmehr bezüglich des obsiegenden Klägers es so zu halten ist, als ob er nie entmündigt gewesen, müssen Rechtshandlungen, die er während jener Zwischenzeit vornahm, konvaleszieren. Deshalb ist § 115 BGB. ein zwingender Beweis

---

[2]) Für den wichtigen Fall des Eigentumsübergangs statuierte das Gesetz besondere Regeln (§ 90 ZVG.), auf die die Bestimmungen über Rückwirkung nur im Rahmen der im Falle der auflösenden Bedingung anzurekennenden Rückziehung zur Anwendung kommen (vgl. S. 43 oben).

[3]) Den Gegensatz dazu bildet die Aufhebungsklage, wenn die Entmündigung nicht mehr gerechtfertigt ist.

dafür, daß auch im Falle der erfolgreichen Anfechtung der Entmündigung die Rückwirkung der Aufhebung die Bedeutung hat, daß die Rechtslage prinzipiell so zu behandeln ist, als ob die kassierte Entscheidung überhaupt nicht erlassen wäre.

Auch Satz 2 Abs. 1 § 115 BGB. bestätigt unsere Auffassung vom Wesen der Rückwirkung. Diese Bestimmung hat ebenso wie § 32 FGG. zur Voraussetzung, daß infolge grundsätzlich eintretender Rückwirkung der Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses auch die dem gesetzlichen Vertreter gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte würden ungültig werden. Um dies zu verhindern, ist der Satz 2 im § 115 Abs. 1 hinzugefügt.

Gegen diese Meinung kann man nicht einwenden, daß die auf Grund der Entmündigung erfolgende Bestellung eines Vormunds kraft positiver Vorschrift nur ex nunc zu beseitigen ist, die Vorschrift des § 115 Abs. 1 Satz 2 BGB. daher damit zu erklären ist.

Die damit berührte Frage ist allerdings eine prinzipielle und betrifft ebenso die Stellung des Zwangs- und Konkursverwalters.[4])

Das Gesetz bestimmt: Ein Volljähriger erhält einen Vormund, wenn er entmündigt ist (§ 1896 BGB.). Gemäß § 660 ZPO. ist der die Entmündigung aussprechende Beschluß dem Vormundschaftsgericht von Amts wegen mitzuteilen (vgl. auch § 50 FGG.). Dieses ordnet dann die Vormundschaft an. Wird die Entmündigung aufgehoben, so endigt die Vormundschaft ipso iure (§ 1882 BGB. in Verb. mit § 1897; s. auch § 674 ZPO.). Analog sind die Vorschriften über den Konkursverwalter (s. §§ 78 u. 110 KO.), betr. seine Bestellung, und über den Zwangsverwalter (§ 150 ZVG.). Auch in diesen Fällen sprechen die Gesetzestexte von einer Beendigung des Amts, resp. der Verwaltung (vgl. die §§ 81 Abs. 2, 86 KO. und den § 154 ZVG.). Diese ausdrückliche Regelung schließt die Annahme einer Rückwirkung aus. Mit diesem Resultat ist die hier vertretene

[4]) Die Anordnung einer Vertretung in den Fällen der §§ 57, 58, 668, 679 Abs. 3, 686 Abs. 2, 779 Abs. 2 ZPO. kann wegen ihrer rein prozessualen Natur hier nicht erörtert werden.

Anschauung vom Wesen der Rückwirkung wohl zu vereinen, wenn wir den eigentlichen rechtsändernden Vorgang (den Entmündigungsbeschluß) und dessen Folgen auseinanderhalten.

Die Bestellung des Vormunds resp. Verwalters ist ein Rechtsvorgang, der als solcher, wie S. 31 f. ausgeführt, nicht aufgehoben werden kann. Seine Wirkung ist eine rein formelle, daß nämlich von der Bestellung an, Rechtsgeschäfte nur von dem Vormund oder unter seiner Mitwirkung resp. nur von dem Verwalter vorzunehmen sind. Eine Rückwirkung, die ja nur dort in Betracht kommen kann, wo eine materielle Rechtsänderung stattgefunden hat, liegt hier nicht vor.[1]) Die Bestellung erfolgt zwecks Durchführung der Rechtswirkungen der Entmündigung. Soweit eine Veränderung der materiellen Rechtslage eintritt, ist dies eine unmittelbare Folge des Entmündigungsbeschlusses (der Konkurseröffnung, Anordnung der Zwangsverwaltung). Fallen diese Rechtswirkungen infolge Anfechtung mit Rückwirkung fort, dann sind hierbei die oben dargelegten Prinzipien maßgebend.

§ 17.

3. Urteile.

Die Aufhebung von Urteilen trifft unmittelbar unseren Fall. Daß Feststellungsurteile nicht mit Rückwirkung aufgehoben werden können, war bereits ausgeführt. Wir müssen jedoch, weil wir es abgelehnt haben, den Begriff der Rückwirkung an dem hier vorliegenden Fall allein zu erörtern, zunächst die Leistungsurteile daraufhin untersuchen, inwiefern bei ihnen eine Rückwirkung vorkommen kann.

Es war S. 23 auf den Grundsatz des moderen Prozeßrechts hingewiesen, daß zwischen Rechtsfeststellung und Rechtsverwirklichung scharf zu unterscheiden ist. Mit Vorhandensein

[1]) Die ex nunc-Wirkung wird auch von Hellwig anerkannt (Grenzen der Rückwirkung S. 50). Er gelangt zu diesem Resultat auf anderem Wege, ohne dabei die grundverschiedene Regelung der Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses und der Beendigung der Vormundschaft resp. Verwaltung in Betracht zu ziehen (wie hier Nußbaum a. a. O. S. 50/51).

der formellen Rechtskraft entsteht das Vollstreckungsrecht und besteht nunmehr vollständig unabhängig davon, ob das materielle Recht (Anspruch) zu Recht festgestellt wurde oder nicht. Auf Grund dieses Rechts erfolgen die einzelnen Vollstreckungshandlungen gegen den Schuldner, und es wird nunmehr dem als Recht Festgestellten gemäß die materielle Rechtslage umgestaltet. Wird die Entscheidung aufgehoben, so fällt das Vollstreckungsrecht weg. Dies hat zur Folge: 1. daß Vollstreckungshandlungen nicht mehr vorgenommen werden dürfen (§ 775 Ziff. 1 ZPO.), 2. daß die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben sind (§ 776 ZPO.). Diese Wirkungen treten jedoch nicht nur im Falle der Aufhebung des zu vollstreckenden Urteils ein, sondern ebenso bei der Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung (besonders im Falle des § 767 ZPO.), der Anordnung deren Einstellung (z. B. § 769, 770, 771 Abs. 3 ZPO.) oder im Falle des § 775 Ziff. 3 ZPO., wenn zwecks Abwendung der Zwangsvollstreckung Sicherheit geleistet oder hinterlegt ist.

Weil in diesen Fällen die Aufhebung auch dann stattfindet, wenn infolge veränderter Umstände die Zwangsvollstreckung nicht mehr gerechtfertigt ist, ist eine Rückwirkung ausgeschlossen.[1]) Deshalb fehlt m. E. jedweder Anhalt im Gesetze dafür, daß das Vollstreckungsrecht mit Rückwirkung wegfällt (a. M. Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 43).

Weil keine Rückwirkung vom Gesetz anerkannt, gestaltet sich das Wiederaufnahmeverfahren in der Weise, daß das auf Grund des aufgehobenen Leistungsurteils Gewährte nur durch besondere Klage oder Widerklage zurückgefordert werden kann. In dem auf die Rechtsmittelklagen erfolgenden Urteil wird die frühere Entscheidung aufgehoben und die Klage auf Leistung zurückgewiesen; ein Antrag im Prozesse, wie bei den Vorbehaltsurteilen (§§ 302 Abs. 4, 541, 600 Abs. 1 ZPO.) oder wie in dem speziellen Falle des vorläufig vollstreckbaren Urteils (§ 717 Abs. 2 ZPO.), ist nicht möglich.

Wir glauben deshalb unsere Ausführungen über die Rück-

[1]) Soweit das Gesetz durch spezielle Bestimmung (vgl. § 836 ZPO.) eine Rückwirkung anordnet (Aufhebung eines mit Unrecht erlassenen Überweisungsbeschlusses), wird darauf im folgenden zurückzukommen sein.

wirkung auf diejenigen Urteile beschränken zu dürfen, die die materielle Rechtslage unmittelbar umgestalten, nämlich die Urteile aus § 894 ZPO. und die Gestaltungsurteile.

Die Aufhebung der Urteile, die eine Willenserklärung ersetzen, bewirkt, daß im Zeitpunkt der Rechtskrafterlangung der aufhebenden Entscheidung die Willenserklärung als nicht abgegeben zu gelten hat. Dieses kann mit Rücksicht auf die für den Fall der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung vom Gesetz (§ 894 ZPO.) gebrauchte Form der Fiktion keinem Zweifel unterliegen.

Hat der aus § 894 ZPO. Verurteilte die Willenserklärung außerdem tatsächlich abgegeben, so fällt auch die Möglichkeit einer Rückwirkung zusammen. Es sei hier auf die analogen Fälle der freiwilligen Gerichtsbarkeit hingewiesen, die nur dann in Betracht zu ziehen sind, wenn die Rechtsänderung ausschließlich auf die Tätigkeit des Richters zurückzuführen ist. Darin zeigt sich auch die Verschiedenheit der Urteile aus § 894 ZPO. im Gegensatz zu den konstitutiven Entscheidungen.

Bei der Aufhebung von konstitutiven Urteilen kommt eine Rückwirkung besonders in jenen zahlreichen Fällen in Betracht, in denen die Nichtigkeits- und Restitutionsklage erfolgreich erhoben werden kann.

Zunächst jedoch wollen wir die Erörterung eines singulären Falls vorausschicken. Weil nämlich der Ausschluß von Rechten Dritter im Aufgebotsverfahren durch Urteil zu erfolgen hat, ist auch die Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurteil an dieser Stelle zu behandeln.

Die Wirkungen des ergangenen Urteils treten auch dann ein, wenn einer der Anfechtungsgründe des § 957 ZPO. vorliegt. Mit Erlaß des Ausschlußurteils erlöschen nicht angemeldete Ansprüche und Rechte Dritter (§ 946 ZPO.). Im Falle des Aufgebots zum Zwecke der Ausschließung eines Grundstückseigentümers erlangt der Antragsteller das Recht, sich als Eigentümer des Grundstücks eintragen zu lassen (vgl. § 927 BGB.). Wurde eine Urkunde kraftlos erklärt, so wird derjenige, der das Ausschlußurteil erwirkt hat, dem Schuldner gegenüber berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen.

Wird das Ausschlußurteil durch Anfechtungsklage erfolgreich angefochten, so kommt für die Frage, ob die Reszission auf einen früheren Zeitpunkt zurückzuziehen sei, folgendes in Betracht. Weil das Ausschlußurteil die materielle Rechtslage zu Unrecht umgeändert und einen Zustand des Unrechts geschaffen hat, erfordert es die Gerechtigkeit, daß das Urteil derart vernichtet werde, als sei es niemals erlassen worden. Deshalb ist anzunehmen, daß die eingetretenen Rechtswirkungen mit Rückwirkung fortfallen.

Nun muß allerdings betont werden, was bereits für Privatrechtsakte ausgesprochen und auch im übrigen vorausgesetzt war, daß hier lediglich das Prinzip der Rückwirkung zu erörtern ist, ohne Rücksicht darauf, wie Rechtsgeschäfte Dritter zu behandeln sind, die während der Zeit zwischen Erlaß und Aufhebung des konstitutiven Staatsakts vorgenommen wurden. Dies gilt auch für das Folgende, wo wir nun speziell unseren Fall ins Auge fassen wollen. Weil in diesen Fällen praktisch stets Rechte Dritter bestehen, muß darauf besonders hingewiesen werden, daß das Wesen der Rückwirkung ohne Rücksicht auf die diesbezügliche im Teil 4 zu erörternde Regelung zu finden ist.

Über die Merkmale eines Gestaltungsurteils war im Teil 1 gesprochen worden. Wir werden hier noch eine weitere Unterscheidung machen müssen, je nachdem es sich um ein rechtsvernichtendes oder rechtserzeugendes Urteil handelt. Im ersten Fall liegt eine Aufhebung einer Aufhebung (wie beim Scheidungsurteil) vor, im zweiten eine Aufhebung von positiven Rechtswirkungen.

Den Typus der letzteren Urteilsart bildet die Aufhebung derjenigen Entscheidungen, durch die die Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes am eingebrachten Gut (§ 1425 BGB.) oder die Errungenschaftsgemeinschaft der Ehegatten (§ 1547 BGB.) wiederhergestellt wurde. Die mit Rechtskraft des ersten Urteils (§ 1425 Abs. 2 BGB.) wiederhergestellten Rechte des Mannes werden im Falle der Aufhebung so angesehen, als seien sie nicht wieder in Kraft getreten. Was dem Manne gewährt worden war (eingebrachtes Gut), muß er so herausgeben, als ob die Verwaltung und Nutznießung aufgehoben geblieben wäre.

Deshalb müssen auch Rechtsgeschäfte der Frau, die sie in der Zeit ihres beschränkten Verwaltungs- und Verfügungsrechts vorgenommen hat, mit Eintritt der rückwirkenden Aufhebung konvaleszieren, weil die Beschränkung der Frau als niemals eingetreten gilt.[2])

Wird ein aufhebendes Urteil kassiert, so ist jene Aufhebung als nicht erfolgt anzusehen. Es bedarf also, um den früheren Rechtszustand wiederherzustellen, keines neuen Begründungsakts, sondern es tritt die frühere Rechtslage mit Rückwirkung ipso iure wieder ein. So gilt die offene Handelsgesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als überhaupt nicht aufgelöst (§ 133 Abs. 1 HGB., § 61, 62 d. Ges. v. 20. 4. 1892), die frühere Befugnis eines Mitgliedes der offenen Handelsgesellschaft zur Geschäftsführung als nie entzogen eine Ausschließung eines Gesellschafters als nie erfolgt (§ 140 Abs. 1 und § 117 HGB.). Im Falle der Aufhebung eines Ehescheidungsurteils gilt die Auflösung der Ehe als nicht eingetreten. Die Geschiedenen werden ohne jegliche äußere Tätigkeit (insbesondere ohne sich etwa wieder verheiraten zu müssen) wieder Ehegatten.

Nunmehr kann aber auch niemand daraus Rechtswirkungen herleiten, daß die Ehegatten geschieden waren. Es werden die Rechtsverhältnisse unter den Parteien und Dritten gegenüber so beurteilt, als habe die Ehe ohne Unterbrechung bestanden. Die rückwirkende Aufhebung bedeutet also Wiederherstellung der Ehe vom Zeitpunkt der Ehescheidung an.

IV. Grenzen der Rückwirkung.

§ 18.

1. Frage nach der Billigkeit.

Die Anwendung des gefundenen Resultats auf unseren Fall führt zur Gültigkeit der ersten Ehe.[1])

---

[2]) vgl. auch Hellwig, Lehrb. Bd. 1 § 29 über eine von der Frau in dieser Zeit erhobene Klage.

[1]) So die herrschende Lehre; vgl. Planck, DJZ. 1904 S. 38; Kohler

Mit Rechtskraft des auf Restitutionsklage ergehenden Urteils wird das Scheidungsurteil aufgehoben. Die Rückwirkung der Reszission hat zur Folge, daß die Scheidung als nicht erfolgt, die erste Ehe als überhaupt nicht gelöst gilt. Ist dies der Fall, dann sind zugleich die Voraussetzungen des § 1326 BGB. gegeben. Es tritt Nichtigkeit der neuen Ehe mit Rückwirkung ein.

Dieses Resultat haben Kohler[2]) und mit ihm andere trostlos und gesellschaftswidrig gefunden und diese Ansicht damit begründet, daß die von der geschiedenen Frau seit der Scheidung geborenen Kinder scheinbar unehelich, in Wirklichkeit aber ehelich sind, oder daß sämtliche Verfügungen der geschiedenen Ehefrau unwirksam werden und Dritte schutzlos bleiben.

Nun sind aber auch von denjenigen, die den Grundsatz Hellwigs auf diesen Fall für unanwendbar erklären, diese Konsequenzen vermieden worden. Ist dies möglich und lassen sich die obenerwähnten Mißstände trotz Annahme der Gültigkeit der ersten Ehe vermeiden, dann kommen, wenn wir die Frage nach der Billigkeit vorausschicken, nur die Interessen der drei unmittelbar beteiligten Personen in Frage, der geschiedenen Ehegatten und des Ehegatten der zweiten Ehe.

Mit Bezug auf die Rechte dieser Personen ist aber eine Kollision nicht zu vermeiden. Die Anerkennung der Gültigkeit der zweiten Ehe verletzt das Interesse des im Wiederaufnahmeverfahren obsiegenden Klägers. Andrerseits wird die Wiederherstellung der früheren Ehe dem Ehegatten der neuen Ehe gegenüber als eine Ungerechtigkeit erscheinen. Wenn wir die Stellung des sich anderweitig verheiratenden geschiedenen Ehegatten in Betracht ziehen, so glauben wir mit der Annahme nicht zu weit zu gehen, daß sich praktisch ein Fall schwer denken läßt, daß der im Wiederaufnahmeverfahren Beklagte von dem Nichtvorhandensein eines Scheidungsgrundes keine

---

in Zeitschr. f. Zivilprozeß Bd. 33 S. 226; Staudinger-Engelmann, Komm. z. BGB. Vorbem. 7b vor § 1564; Oertmann, DJZ. 1906 S. 740; Schmidt, Bürgerl. Ehe Anm. 4b zu § 1326; Oetker, DJZ. 1904 Sp. 1032; Nußbaum, Prozeßhandlungen S. 44; Helbig, Diss. 32.

[2]) Kohler, Zeitschr. f. Zivilprozeß Bd. 33 S. 226.

Kenntnis gehabt hätte. Dafür spricht der Umstand, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch die Scheidungsgründe fest bestimmt sind, und daß ja nur in den allerwichtigsten Fällen eines Verstoßes gegen die durch die Ehe begründeten Pflichten die Ehe gelöst werden kann. Wußte der binubus, daß ein Scheidungsgrund nicht vorliegt, so erscheint es als ein Gebot der Gerechtigkeit, seiner mala fides entgegenzuwirken. Erweist sich nach Wiederherstellung der ersten Ehe ein weiteres Zusammenleben als unmöglich, so steht nunmehr dem gutgläubigen Ehegatten immer noch der Scheidungsgrund des § 1568 BGB. infolge Verschuldens des andern Teils zu.

War, was praktisch nicht ganz unmöglich ist, demjenigen, der anderweitig geheiratet hatte, von dem Vorliegen des Tatbestandes der §§ 1565—1569 BGB. (wenn etwa ein Zeuge ohne sein Wissen das Vorliegen des Tatbestandes des § 1565 BGB. beschworen hatte), selbst überzeugt, so wird es auch ihm nach der Widerlegung im Wiederaufnahmeverfahren darauf ankommen, das getane Unrecht zu beseitigen.

Deshalb glauben wir, wenn wir im folgenden de lege lata zur Anerkennung der Gültigkeit der ersten Ehe gelangen, durchaus nicht ein Resultat gefunden zu haben, das zwar summum ius, aber zugleich summa iniuria bedeutet, das zwar theoretisch berechtigt, aber den Lebensbedürfnissen nicht entsprechend sei.

§ 19.

2. Die Ansicht Hellwigs.

Für die Ungültigkeit der ersten Ehe trotz Aufhebung des Scheidungsurteils sind als erste Kohler und Scherer eingetreten. Ersterer begründet seine Ansicht damit, daß das Parteiwirken, auf das die Scheidung zurückzuführen ist, auch nach Beseitigung des Urteils seine Kraft übe. Seine Entscheidung kann nicht gebilligt werden, weil wir die Voraussetzungen, von denen er ausgeht, für unrichtig erachten (vgl. S. 11, 12).

Ebensowenig haltbar erscheint Scherers Ansicht. Er hält die zweite Ehe deshalb für gültig, weil die §§ 1323 bis

1335 BGB. diesen Fall übergingen. Scherer übersieht, daß mit Anerkennung der Rückwirkung bei konstitutiven Staatsakten auch die Voraussetzungen des § 1326 BGB. rückwärts gegeben sind.

Auch Hellwig hält die Beweisführung Kohlers und Scherers nicht für durchgreifend, gelangt jedoch zu demselben Ergebnis, daß nämlich die zweite Ehe unanfechtbar sei.

Zur Begründung seines Standpunktes weist er an einer Zahl von Vorschriften nach, daß der streitigen wie freiwilligen Gerichtsbarkeit das Prinzip zugrunde liegt, daß die Rückwirkung ihre Grenzen in den Rechten findet, die von Dritten auf Grund jenes Rechtszustandes erworben sind, welcher kraft Rechtsspruchs hergestellt, durch die staatliche Autorität so lange voll gewährleistet wird, bis er aufgehoben ist.[1])

Diesen Grundsatz formuliert Hellwig auch in der Weise, die Aufhebung habe zwar prinzipiell rückwirkende Kraft, jedoch werde „die Rechtslage, die für Dritte auf Grund des aufgehobenen Rechtszustandes gesetzmäßig entstanden ist, durch die Aufhebung nicht berührt".[2])

Diese zweite Formulierung muß zu Ungenauigkeiten den Anlaß geben. Die Zahl der Fälle, in denen der Grundsatz Hellwigs anzuwenden ist, wird nunmehr größer. Die Eingehung der Ehe kann nicht als Rechtserwerb angesehen werden und würde damit, wenn jene erste Fassung richtig ist, unter das von Hellwig angeführte Prinzip nicht fallen. Dagegen muß man die Rückwirkung im Falle einer zweiten Eheschließung vor dieser Halt machen lassen, wenn es richtig ist, daß die Aufhebung die für Dritte entstandene Rechtslage unberührt läßt.

Geradezu zu Mißverständnissen Anlaß gebend erscheint die Auffassung, daß die Rückwirkung insoweit ausgeschlossen ist, als nicht mehr res integra ist.[3])

---

[1]) DJZ. 1904 Sp. 837.

[2]) Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 72.

[3]) Darauf scheint Philler, Die Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen nach dem BGB., Dissert., Berlin 1906, seine Ansicht zu gründen (s. S. 93).

Im letzteren Falle handelt es sich nicht mehr um bloßen Schutz von Rechten Dritter. Der Rechtszustand zur Zeit der Ehescheidung wird nicht bloß durch Rechte Dritter, sondern auch durch Erwerb aus einer Zwangsvollstreckung oder durch Anfall verändert. Sollen auch diese Rechte trotz der Aufhebung bestehen bleiben?[4])

Die angeregten Fragen nötigen uns dazu, auf das zuerst von Hellwig erörterte Problem einzugehen, inwieweit Rechte Dritter die Rückwirkung beschränken.

Unter den Rechten Dritter kommen hier nur solche in Frage, die auf Grund eines konstitutiven Staatsakts entstanden sind. Nicht hierher gehört also die Behandlung von Rechtsgeschäften Dritter, die zu ihrer Gültigkeit oder Vollwirksamkeit die durch die Aufhebung geschaffene Rechtslage voraussetzen. Ihrer ward im vorhergehenden verschiedentlich (z. B. S. 41, 50, 51) Erwähnung getan, besonders mit Rücksicht auf ihre aus der Rückwirkung folgende Konvaleszenz.

Daß in der streitigen wie freiwilligen Gerichtsbarkeit bei der rückwirkenden Aufhebung von konstitutiven Staatsakten Rechten Dritter Schutz gewährt wird, ist bis jetzt in der Literatur nicht bestritten und wird auch von denjenigen anerkannt, die trotzdem die Ungültigkeit der zweiten Ehe annehmen.[5]) Ich glaube wegen dieser prinzipiellen Anerkennung der Hellwigschen Theorie auf analoge Privatrechtsakte nur kurz hinweisen zu dürfen, im übrigen auf Hellwig verweisen zu können, der das in der Deutschen Juristenzeitung Angedeutete nun in seinen Grenzen der Rückwirkung (S. 31 ff.) ausgeführt hat.[6])

Besonders deutlich zum Ausdruck gebracht ist der Grundsatz über die Zurückziehung von Rechtswirkungen bei der Regelung der Genehmigung im § 184 BGB. Hat über einen Gegenstand einmal der Genehmigende verfügt, sodann der Minderjährige, dessen Veräußerungsgeschäft durch Genehmigung gleichfalls vollwirksam geworden ist, so fragt es sich, ob die im

---

[4]) vgl. Nußbaum, Prozeßhandlungen S. 43.

[5]) Ebenso Oetker, DJZ. 1904 Sp. 1030 ff.; Nußbaum, Prozeßhandlungen.

[6]) vgl. auch Helbig, Dissert. S. 48/49.

§ 184 Abs. 1 BGB. geregelte Rückwirkung strikt durchzuführen ist, so daß das Rechtsgeschäft des Genehmigenden unwirksam wird, oder ob das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft trotz der erteilten Genehmigung unwirksam bleiben soll. Die Regeln über den Schutz des guten Glaubens können nicht herangezogen werden. Man kann denjenigen, der mit dem Genehmigenden kontrahiert hat, nicht dazu verpflichten, nachzuforschen, ob nicht inzwischen der Minderjährige über den Gegenstand verfügt hat. Es muß jedermann den gesetzlichen Befehl anerkennen, zugleich aber auch darauf vertrauen können, daß zum Abschlusse von Rechtsgeschäften lediglich der Genehmigende fähig ist. Deshalb entscheidet das Gesetz diesen Fall dahin, daß durch die Rückwirkung Verfügungen nicht unwirksam werden, die vor der Genehmigung über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts von dem Genehmigenden getroffen sind.

Auch die im § 1953 Abs. 1 BGB. statuierte Rückwirkung, daß der Anfall an den dem Ausschlagenden Nächstberechtigten mit dem Erbfall als erfolgt gilt, findet ihre Grenzen an Rechtsgeschäften Dritter, die mit dem Erben als solchem vor der Ausschlagung vorgenommen wurden (§ 1959 BGB.).

Hierher gehört gleichfalls die Einschränkung der Zurückziehung der Nichtigkeit einer Ehe auf den Zeitpunkt ihrer Vornahme. Hat jemand mit dem in nichtiger (mit einem wesentlichen Mangel behafteten, jedoch eingetragenen) Ehe lebenden Ehegatten kontrahiert,[7]) so können dem Dritten gegenüber Einwendungen aus der Nichtigkeit nicht gemacht werden (§ 1344 BGB.).

Allerdings kommen hierbei mit Rücksicht darauf, daß der die Nichtigkeit bewirkende Mangel trotz der Eintragung der Ehe ins Heiratsregister dem kontrahierenden Dritten bekannt sein kann, die Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens insoweit in Betracht, als die vom Kläger dem Dritten nach-

[7]) Auch § 1699 BGB. setzt der Rückwirkung Grenzen. Die Rechtsstellung der Kinder wird unter bestimmten Voraussetzungen durch die mit Rückwirkung eintretende Nichtigkeit der Ehe nicht berührt. Jedoch liegt hier eine singuläre, speziell familienrechtlichen Erwägungen entspringende Vorschrift vor, die zum Nachweise eines allgemeinen Grundsatzes nicht herangezogen werden kann.

gewiesene Schlechtgläubigkeit dem Ehegatten die Befugnis gewährt, die Einwendungen aus der Nichtigkeit der Ehe im Prozeß vorzubringen.

Damit haben wir das Verhältnis des Hellwigschen Grundsatzes zu den Regeln über den Schutz des guten Glaubens berührt und müssen insbesondere auf die Frage näher eingehen, ob nicht etwa überall, wo die Rückwirkung eingeschränkt wird, die Bestimmungen über den Schutz der Gutgläubigkeit vom Dritten mit gleichem Erfolge geltend gemacht werden könnten.

Das Anwendungsgebiet der Bestimmungen über den Schutz von Rechten Dritter auf Grund des Hellwigschen Grundsatzes ist ein engeres als das, wo der Dritte auf Grund seiner bona fides geschützt wird. Hellwigs Prinzip verlangt konstitutive Staatsakte, wird dann aber ohne Rücksicht darauf gegeben, ob der Dritte die Aufhebbarkeit kannte oder nicht. Die Voraussetzungen dagegen, unter denen der gute Glaube geschützt wird, sind allerdings weitergehende, dafür aber auch die Fälle, in denen diese Regeln angewandt werden, zahlreicher. Vermag nämlich der Dritte seinen guten Glauben nachzuweisen, so wird er schon dann geschützt, wenn eine rechtsgeschäftliche Verfügung vorliegt, oder wenn ein Vorgang, der tatsächlich nicht eingetreten ist, von einer öffentlichen Behörde bezeugt ist.[8])

Letztere Wirkung kommt gewissen konstitutiven Akten nach ihrer Aufhebung zu. So wird, wenn nach Aufhebung des Ausschlußurteils gezahlt ist, der Schuldner frei, wenn er gutgläubig ist (§ 1018 Abs. 2 ZPO.). Ebenso wirkt die Todeserklärung nach ihrer Aufhebung wie ein Erbschein (§ 2370 BGB.). Vor der Kassation war der Dritte ohne Rücksicht auf seinen guten Glauben geschützt.

Wir wenden uns nunmehr der eigentlichen Frage zu, inwieweit Grenzen der Rückwirkung bei der Aufhebung von gerichtlichen Entscheidungen anzuerkennen sind?

Eine generelle Bestimmung darüber, inwieweit Handlungen Dritter, die auf der durch einen Gerichtsakt geschaffenen Rechtslage beruhen, unversehrt zu lassen sind, enthält § 32

[8]) z. B. öffentlicher Glaube des Grundbuchs (§§ 892, 893 BGB.) und des Erbscheins (§§ 2366, 2367 BGB.).

FGG. Nach dieser Vorschrift ist die Aufhebung einer Verfügung, durch die jemand die Fähigkeit oder die Befugnis zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder zur Entgegennahme einer Willenserklärung erlangt, auf die Wirksamkeit der inzwischen von ihm oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte ohne Einfluß.[9] [10])

Diese Vorschrift ist unbedingt notwendig, mit Rücksicht darauf, daß vom Staate erlassene Akte allgemeine Anerkennung verlangen, daß ihnen gegenüber erhobene Einwendungen der staatlichen Autorität schädlich wären.

In jenen Fällen, wo es sich um Bestellung von Vertretern handelt, muß auch deshalb Dritten dieser Schutz gewährt werden, weil sonst Vermögensmassen verwaltungslos sein würden. Zu betonen ist, daß das Gesetz in diesen Fällen nur von Rechtsgeschäften spricht; es bezieht sich also der gewährte Schutz auf einseitige Rechtsgeschäfte und Verträge. § 32 FGG. wird allerdings im Wege der Interpretation auch auf Deliktsforderungen Dritter auszudehnen sein. Das Recht eines Dritten, Schadensersatz zu fordern, darf infolge des rückwirkenden Vorgangs dem Geschädigten nicht entzogen werden.

Eine singuläre Bestimmung, die mit dem § 32 FGG. zusammenhängt, ist im § 311 HGB. und dem § 77 des Reichsgesetzes v. 20. 4. 1892 betr. Gesellschaften m. b. H. enthalten.

Es war bereits darauf hingewiesen, daß die Eintragung einer Aktiengesellschaft resp. Gesellschaft m. b. H. konstitutiv ist. Erfolgt die Nichtigkeitserklärung, so hat dies auf die vorgenommenen Rechtsgeschäfte keinen Einfluß, weil hier „die für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden sind".

Auf das prozeßrechtliche Gebiet, das eine generelle Be-

---

[9]) Maßgebend ist auch hier der Gesichtspunkt, daß ein staatlicher Akt, ein Ausspruch des Richters in solenner Form vorliegt. Ob diesem Bescheid ein Rechtsstreit voranging oder nicht, ist irrelevant.

[10]) Dieser Grundsatz ist für die freiwillige Gerichtsbarkeit in den §§ 55, 62, 63 insoweit weiter geführt, als hier die Wirksamkeit Dritten gegenüber die Möglichkeit der Aufhebung resp. Abänderung gänzlich ausschließt.

stimmung nicht enthält,[11]) führt uns der § 115 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Vorschrift erweist sich trotz § 32 FGG. als notwendig, weil es sich hier um Rechtswirkungen des Entmündigungsbeschlusses, nicht etwa der nur ex nunc zu beseitigenden Bestellung als Vormund handelt. Würde die Rückwirkung strikt durchgeführt, so müßten auch die dem Vormund gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte unwirksam werden.[12])

In Betracht kommen auch hier nur Rechtsgeschäfte.

Auf dem im Hellwigschen Prinzip zum Ausdruck gebrachten Gedanken beruht auch der § 836 Abs. 2 ZPO. Der Überweisungbeschluß gilt, auch wenn er mit Unrecht erlassen ist, zugunsten des Drittschuldners so lange als rechtsbeständig, bis er aufgehoben wird, gleichgültig ob der Drittschuldner die Aufhebbarkeit kannte oder nicht. Auch in diesem Falle handelt es sich, weil Gegenstand des Überweisungsbeschlusses nur Geldforderungen sein können (§ 835 ZPO.), um das einseitige Rechtsgeschäft der Leistung.

Bestimmungen über die Grenzen der Rückwirkung enthält auch § 1018 Abs. 2 ZPO. Allerdings bringt er diesen Grundsatz nicht direkt zum Ausdruck. Weil aber nach Aufhebung des Ausschlußurteils der leistende Schuldner nur dann befreit wird, wenn er gutgläubig war, kann gefolgert werden, daß vor Aufhebung der Nachweis des guten Glaubens nicht gefordert wird.

Hellwig betont, daß diese Vorschrift nicht etwa bloß für Leistungsgeschäfte gilt;[13]) er bringt aber weitere Anwendungsfälle nicht bei.

---

[11]) Zu erklären ist diese Tatsache damit, daß in der ZPO. der Begriff der konstitutiven Entscheidung noch nicht zum Ausdruck gebracht ist. Er ist ja auch heute noch in der Literatur nicht allgemein anerkannt; vgl. darüber Nußbaum a. a. O. S. 41 und Helbig a. a. O. S. 53.

[12]) Deshalb sind m. E. die Ausführungen Hellwigs (Grenzen der Rückwirkung S. 61), der § 115 Abs. 1 Satz 2 sei völlig überflüssig, wenn man ihn in Verbindung mit § 32 FGG. betrachte, nicht zutreffend. Die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte ist eine Folge des im Prozeßrecht geregelten Entmündigungsbeschlusses. Die freiwillige Gerichtsbarkeit bestimmt nur, wem gegenüber Rechtsgeschäfte wirksam vorgenommen werden können.

[13]) Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 65.

§ 20.

3. Ist der Grundsatz über den Schutz von Rechten Dritter auf familienrechtliche Verhältnisse anzuwenden?

Wir glauben an diesen Fällen nachgewiesen zu haben, daß der Schutz von Rechten Dritter sich nur auf Rechtsgeschäfte und, wie bereits angedeutet war, auf Deliktsforderungen bezieht. Diese Einschränkung müssen wir auch für das von Hellwig an diesen Sonderbestimmungen entwickelte Prinzip anerkennen. Deshalb muß jeder Rechtserwerb, der nicht auf Rechtsgeschäft beruht, von der Rückwirkung betroffen werden. Was durch Erbschaft, Vermächtnis, was aus einer Zwangsvollstreckung erworben wurde, muß herausgegeben werden.

Wie verhält es sich aber mit Rechtsverhältnissen des Familienrechts?

Liegen in diesem Falle überhaupt Rechte Dritter vor?

Wohl begründet die Ehe zugleich ein Rechtsverhältnis, Rechte und Pflichten zwischen den Ehegatten. In erster Linie ist sie jedoch ein sittliches Verhältnis als Grundlage der Familie und damit zugleich der bürgerlichen Gesellschaft. Man verkennt diese sittliche Seite der Ehe vollständig, wenn man auf Grund einer einzelnen Bestimmung (des § 1348 BGB., auf den im folgenden zurückzukommen ist) für das Familienrecht schlechthin einen Grundsatz gelten läßt, dessen eigentliches Anwendungsgebiet vermögensrechtliche Rechtsverhältnisse sind.

Wollten wir jedoch einräumen, daß der rechtliche Gesichtspunkt überwiegt, so müßten wir allerdings zugeben, daß § 1348 Abs. 2 BGB. dann die Bedeutung habe, daß die Rückwirkung auch da ausgeschlossen ist, wo es sich um eherechtliche Verhältnisse handelt.

Speziell eherechtlichen Erwägungen entspringende Modifikationen wären jedoch auch dann nicht abzuweisen. Es könnte für die Frage, inwieweit im § 1348 BGB. nur ein allgemeines Prinzip zum Ausdruck gelangt ist, diese Bestimmung allein nicht herangezogen werden. Es wäre notwendig, auch die Vor-

schrift des § 1350 BGB. in Betracht zu ziehen. Diese gewährt dem Ehegatten, der aus religiösen oder sittlichen Motiven mit dem Ehegatten der ersten Ehe wieder zusammenleben will, das Recht, die zweite Ehe anzufechten. Diese Befugnis müßte man auch dem mit dem binubus verheirateten Ehegatten gestatten. Damit kämen wieder spezifisch eherechtliche Erwägungen zum Durchbruch. Es könnte jeder Ehegatte der neuen Ehe das Recht für sich in Anspruch nehmen, binnen 6 Monaten seit der Aufhebung des Scheidungsurteils die neue Ehe anzufechten, so daß, wenn dieser Klage stattgegeben würde, die alte Ehe als durch die Wiederverheiratung überhaupt nicht aufgelöst zu gelten hätte.

Wollte man also den § 1348 BGB. nur auf die allgemeine Regel über die Grenzen der Rückwirkung zurückführen, so müßte man immer noch diese auf speziell eherechtlichen Erwägungen beruhende Ausnahmevorschrift des § 1350 BGB. anerkennen.

Allerdings müßten wir den Grundsatz über den Schutz von Rechten Dritter, läßt er sich auch auf das Familienrecht nicht ohne Einschränkungen übertragen, trotzdem auch für das Familienrecht gelten lassen, wenn unzweideutige, positive Bestimmungen vorliegen, die solche Ausdehnung vorschreiben. Es kommt da in erster Linie der erwähnte § 1348 Abs. 2 in Betracht.

Daß diese Vorschrift eine ganz singuläre Bestimmung enthält, war auch von Hellwig in der Deutschen Juristenzeitung 1904 Sp. 838 IV anerkannt. In seinen Grenzen der Rückwirkung jedoch führt er gerade diese Bestimmung als Beweis dafür an, daß der Grundsatz von der Beschränkung der Rückwirkung auch für das Familienrecht gelte.

Nun kann man allerdings den § 1348 BGB. nicht deswegen für unanwendbar erklären, weil hier auf die bloße Vermutung hin, daß die Ehe aufgelöst ist, die Wiederverheiratung gestattet wird und die zweite Ehe gültig bleibt, mag auch der für tot Erklärte zurückkehren. Man müßte anerkennen, daß wenn bereits auf Grund einer Rechtsvermutung die Wiederverheiratung zulässig, und die zweite Ehe rechtsbeständig ist, dies um so mehr

für eine zweite Ehe gelten muß, wenn die erste Ehe tatsächlich gelöst wurde, mag auch später die Scheidung aufgehoben werden.

Dieser Gesichtspunkt muß also außer Betracht kommen. Wir glauben jedoch aus anderen Gründen dazu gelangen zu müssen, daß der § 1348 BGB. eine singuläre Bestimmung enthält, die sich in keiner Weise auf andere Fälle analog anwenden läßt, deren Bedeutung deswegen nicht darin erblickt werden kann, daß sie einen allgemeinen Grundsatz über den Schutz von Rechten Dritter zum Ausdruck bringt.

Das Gesetz bestimmt: „Mit der Schließung der neuen Ehe wird die frühere aufgelöst". Damit wird neben die Fälle der Auflösung der Ehe durch Tod und Scheidung ein Dritter gesetzt, die Beendigung der Ehe durch Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung. Diejenigen, die in § 1348 BGB. den Ausfluß eines allgemeinen, auch dem Familienrecht zugrunde liegenden Prinzips erblicken, setzen dadurch die Möglichkeit, daß auch auf andere als die gesetzlich bestimmte Weise eine Ehe endigen könnte. Dadurch würden aber Grundsätze verletzt, die das Familienrecht unzweifelhaft beherrschen und die im Privatrecht sowohl wie Prozeßrecht zum Ausdruck gebracht sind.

Die Vorschriften des Familienrechts sind zum größten Teil der Willkür der Beteiligten entzogen, und zwar wird die Bestimmungsfreiheit des einzelnen in dem Maße eingeschränkt, als Rechte der Öffentlichkeit gegenüber gewahrt werden müssen. Dies trifft unzweifelhaft die Fälle der Eheschließung und -trennung. Deshalb hat der Gesetzgeber die Gründe für die Auflösung der Ehe erschöpfend bezeichnet und die Setzung weiterer Ehelösungsgründe unmöglich gemacht. Dies trifft in unserem Falle um so mehr zu, als es sich hier um einen Fall handelt, wo die Ehe ohne ein Verschulden eines Ehegatten aufgelöst wird.

Gegen diese Grundsätze verstößt man, wenn man im § 1348 BGB. nur die Anwendung jenes allgemeinen Prinzips über die Grenzen der Rückwirkung erblickt.

Wir gelangen somit zu dem Resultat, daß § 1348 BGB. sich analog nicht anwenden läßt, daß er auf speziell eherechtlichen Erwägungen beruhend nicht als Beweis dafür herangezogen werden kann, daß auch auf familienrechtliche Verhältnisse

Hellwigs allgemeiner Grundsatz auszudehnen ist, der zur Anerkennung der Gültigkeit der zweiten Ehe führt.

§ 21.

4. Gültigkeit der ersten Ehe.

Im Gegenteil glauben wir, in dem Gesetze Anhaltspunkte dafür zu finden, daß solche Ausdehnung den Tendenzen des Gesetzes widerspricht.

Wollten wir annehmen, daß durch Eingehung der zweiten Ehe die erste gelöst wird, so würden wir damit einen Fall der Ehescheidung statuieren, ohne daß ein Scheidungsgrund vorliegt. Mit Rechtskraft des auf Restitutionsklage hin ergehenden Urteils wird die Scheidungsklage abgewiesen, das Scheidungsrecht verneint. Trotzdem lassen Hellwig und seine Anhänger die Scheidung fortdauern.

Gegen diesen Einwand wendet sich Hellwig.[1]) „Die Wiederherstellung der Ehe sei nur möglich, wenn keine Gründe eingetreten seien, die sie unmöglich machten. Die Ehe könne nicht mehr entstehen, wenn ein Ehegatte gestorben sei. Die erfolgende Vernichtung des Scheidungsurteiles könne nur ihre übrige Wirkung haben."

Damit bekämpft Hellwig zugleich den zweiten gegen ihn erhobenen Einwand, daß man, um seiner Ansicht folgen zu können, eine Restitutionsklage annehmen müsse ohne Restitution.

In der Tat hängen beide Fragen zusammen. Die erfolgreich durchgeführte Restitutionsklage hat zur Folge, daß festgestellt wird, daß ein Scheidungsrecht, also ein Scheidungsgrund nicht besteht. Weil aber nach Hellwig trotz des aufhebenden und anderweitig entscheidenden Urteils die materielle Rechtslage demgemäß nicht umgestaltet werden kann, indem der allgemeine Grundsatz über die Grenzen der Rückwirkung die Restitution

---

[1]) Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 45, bes. Note 6.

verhindert, bleibt die erste Ehe nunmehr ohne Scheidungsgrund geschieden.

Es muß zugegeben werden, daß die materielle Rechtslage dem im Restitutionsurteil als Recht Festgestellten gemäß nur so weit umgestaltet werden kann, als das erstergangene Urteil aufgehoben werden kann. Wäre die Reszission infolge allgemeiner privatrechtlicher Grundsätze ganz oder teilweise unmöglich, dann fehlte auch die Möglichkeit, das neue Urteil an Stelle des ergangenen zu setzen.

Wir müssen also an dieser Stelle das über den Begriff der Aufhebung Gesagte uns noch einmal vergegenwärtigen.

Die Folgen der Rückwirkung der Aufhebung des Scheidungsurteils sind:

1. daß die Ehegatten ohne weiteres wieder Ehegatten sind, daß
2. hinsichtlich der Rechtswirkungen es so zu halten ist, als ob die Ehe nie geschieden wäre.

Stirbt einer der Ehegatten nach Erlaß des ungerechtfertigten Scheidungsurteils, so wird die erhobene Restitutionsklage allerdings nicht zur Folge haben können, daß die Geschiedenen als Ehegatten zusammenleben, sondern nur, daß die Scheidung als nicht eingetreten zu gelten hat, daß nunmehr niemand sich darauf berufen kann, daß die Ehegatten geschieden gewesen sind. Die Rechtslage ist so anzusehen, als ob sie stets Ehegatten gewesen wären.[2])

Will man nun die Wiederverheiratung auf Grund des nichtgerechtfertigten Scheidungsurteils als Ehelösungsgrund ansehen, somit die Gültigkeit der zweiten Ehe bejahen, so muß man trotzdem jene eben geschilderte Wirkung eintreten lassen. Wie dort die Ehe mit Rechtskraft des aufhebenden Restitutionsurteils als bis zum Tode des einen Ehegatten fortbestehend gilt, so muß

---

[2]) Es sei hier auch noch auf den Fall hingewiesen, wenn einem Handelsgesellschafter die Vertretungsbefugnis entzogen wurde (§ 127 HGB.), die Handelsgesellschaft nunmehr aufgelöst wurde und erst jetzt das die Verfügungsbefugnis entziehende Urteil aufgehoben wird. Selbstverständlich kann nunmehr der Gesellschafter von seiner Verfügungsbefugnis keinen Gebrauch machen. Die Folgen sind nur die, daß er nunmehr so behandelt wird, als sei ihm die Verfügungsbefugnis nie genommen worden.

man auch in diesem Falle der Wiederverheiratung annehmen, daß hinsichtlich der Rechtswirkungen, die zwischen Erlaß des Scheidungsurteils und der Wiederverheiratung entstanden sind, es so zu halten ist, als sei die Scheidung nicht erfolgt. Damit ergibt sich aber ein wichtiges Argument gegen Hellwig. Es treten nämlich die als gesellschaftswidrig befundenen Konsequenzen auch dann ein, wenn man die Grenzen der Rückwirkung auch auf das Familienrecht ausdehnt. Die in der Zeit zwischen Scheidungsurteil und Wiederverheiratung geborenen Kinder, die scheinbar unehelich waren, werden ex tunc ehelich, Rechtsgeschäfte, die während dieser Zeit der Frau gegenüber vorgenommen waren, werden unwirksam.

Nun ist allerdings die Ansicht Hellwigs anders:

„Durch die Aufhebung des die Ehe für nichtig erklärenden Urteils wird die Ehe in dem Moment wiederhergestellt, in dem das Reszissionsurteil die Rechtskraft erlangt, und sie gilt dann als niemals aufgelöst. Dies setzt aber voraus, daß die gegenwärtige Rechtslage noch so ist, daß die Wiederherstellung sich ermöglichen läßt. Das ist nicht der Fall, wenn einer der beiden Ehegatten nicht mehr lebt, aber ebenso auch nicht, wenn einer von ihnen sich verheiratet hat".

Hellwig sieht also das Nichtbestehen der zweiten Ehe, im Sinne seines Satzes das Nichtvorhandensein von Rechten Dritter, als Voraussetzung dafür an, daß die Ehe wiederhergestellt wird und als niemals gelöst gilt. Dieses Resultat ist mit dem Wesen der Rückwirkung unvereinbar. Sie setzt Grenzen, sie beschränkt die Rückwirkung, schließt diese nicht aus. Deshalb muß daran festgehalten werden, daß die Ehe, wollte man Hellwigs Grundsatz auf das Familienrecht ausdehnen, mit dem rückwirkenden Vorgang als bis zur Wiederverheiratung bestanden gilt. Dann aber lassen sich auch von Hellwigs Standpunkt aus jene Konsequenzen nicht vermeiden, die gerade die Gültigkeit der zweiten Ehe veranlassen sollen.

Gegen die Anwendbarkeit des behandelten Grundsatzes auf unseren Fall wie auf das Familienrecht überhaupt spricht auch der Umstand, daß hier der Interessenausgleich, wie er auf vermögensrechtlichem Gebiete durch die Bereicherungsklage oder

solche aus unerlaubter Handlung herbeigeführt werden kann, nicht möglich ist.[3])

Wenn der Gesetzgeber die behandelten Sonderbestimmungen erlassen hat, auf Grund deren der allgemeine Grundsatz über den Schutz von Rechten Dritter anerkannt werden muß, so liegt der innere Grund dafür darin, daß ja der wirklich Berechtigte von demjenigen, der durch den aufgehobenen Staatsakt zur Vornahme von Rechtsgeschäften oder Abgabe von Willenserklärungen fähig oder berechtigt wurde, die erlangten Vorteile durch die Bereicherungsklage für sich in Anspruch nehmen kann, resp. den dolos zu seinem (des Aufhebungsberechtigten) Nachteil Handelnden wegen unerlaubter Handlung schadensersatzpflichtig machen kann. Nichts von alledem ist auf familienrechtlichem Gebiete möglich. Es besteht deshalb auch in unserem Falle nicht die Möglichkeit des Ausgleichs verletzter Interessen.

§ 22.

5. Bestätigung der getroffenen Entscheidung.

Das gefundene Ergebnis billigen unter Bekämpfung Hellwigs Oetker, Nußbaum, Helbig.

I. Oetker vergleicht die Restitutionsklage, die zur Aufhebung des Scheidungsurteils, aber nicht zur Wiederherstellung der Ehe führt, mit der Nichtigkeitsbeschwerde des französischen Rechts; ein solcher Rechtsbehelf sei jedoch dem modernen Rechte fremd.

Dem muß zugestimmt werden. Es sei hier auf das vorhin Ausgeführte[1]) verwiesen, daß das Bestehen von Rechten Dritter die Restitution nicht etwa ausschließe. Eine Restitutionsklage ohne Restitution wäre tatsächlich nur eine Deklaration, daß das Scheidungsrecht und die Schuld des obsiegenden Restitutions-

[3]) Daß der durch ungerechtfertigtes Urteil Verurteilte zahlen muß, ist zu vergleichen mit dem auf Grund eines abstrakten Rechtsgeschäfts Geleisteten, das, weil ohne rechtlichen Grund erlangt, als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben ist.

[1]) S. 71.

klägers zu Unrecht angenommen waren. Gewährt das Gesetz die Restitutionsklage, so muß auch die Möglichkeit gegeben sein, daß sie ihre Wirkungen ausübt. Die Gültigkeit der zweiten Ehe könnte man nur dann annehmen, wenn das Gesetz die Bestimmung erlassen hätte, daß eine Wiederaufnahme des Verfahrens in Ehesachen nicht stattfinden könne.[2])

II. Eine eingehende Begründung dafür, daß die zweite Ehe als ungültig anzusehen ist, gibt auch Helbig.[3])

Die Aufhebung des ersten Urteils bewirkt den Wegfall der konstitutiven Wirkung dieses Staatsakts. Nun ist jedoch auf Grund des aufgehobenen staatlichen Ausspruchs, der unter anderem die Wirkung hatte, daß der geschiedene Ehegatte sich anderweitig verheiraten konnte, ein Rechtsvorgang eingetreten. Ergeht nun der zweite aufhebende Akt, so ist mit ihm untrennbar die Änderung der materiellen Rechtslage verbunden.

„Wo aber das essentielle Moment des Staatsaktes und eine einzelne Wirkung desselben einander widerstreiten, derart, daß das eine dem andern zu weichen genötigt ist, da kann es kein Zweifel sein, daß das essentielle Moment eben dieser Eigenschaft wegen als das ausschlaggebende in die Wagschale fallen muß."

Deshalb darf, wenn auch grundsätzlich der Satz Hellwigs anerkannt werden muß, eine Schonung von Rechten Dritter nur insoweit stattfinden, als sie mit dem Wesen des Gestaltungsurteils vereinbar sind.

III. Zur Bestätigung der getroffenen Entscheidung verweist Helbig auf das kanonische Recht (S. 62ff.).

Aus dem Gebiete des katholischen Eherechts zwingende Argumente herzuleiten, ist nicht möglich. Die Auffassung der katholischen Kirche ist es von jeher gewesen, daß die Ehe, weil ein von Gott eingesetztes Sakrament, dem Bande nach unlöslich ist. Dieses Dogma ist im Tridentiner Konzil anerkannt worden.[4]) Wo eine dauernde Trennung der Ehe von der Kirche erlaubt

---

[2]) vgl. Siebenhaar, Komm. z. ZPO. (77) S. 573.

[3]) Dissert. S. 57ff.

[4]) Sess. XXIV can. 7 de sacr. matrimonii.

wurde, da handelte es sich um Fälle, wo eine Ehe noch nicht vorlag (matrimonium ratum sed non consumatum).

Durch Anerkennung der Scheidung durch das moderne Recht hat sich dieses zu den Lehren der katholischen Kirche in Gegensatz gesetzt. Analoge Anwendungsfälle lassen sich deshalb nicht finden.

Das protestantische Eherecht, das den wegen Ehebruchs und böslicher Verlassung ursprünglich zugelassenen Scheidungsgründen allmählich weitere folgen ließ, enthält Bestimmungen, die auf unseren Fall analog anzuwenden wären.

Das protestantische Eherecht übernahm die von dem kanonischen Recht ausgebildete Lehre von den Annullationssentenzen.

Fehlte es an den Voraussetzungen für die Gültigkeit der Ehe, so war es dem Ehegatten gestattet, nach zwei konformen annullierenden Sentenzen eine neue Ehe einzugehen. Die Praxis des protestantischen Eherechts ließ diese Sentenzen auch auf die Ehescheidung anwenden. Stellte sich nachträglich heraus, daß die Sentenzen auf falscher Grundlage beruhten, daß also das Scheidungsurteil zu Unrecht erlassen war, so führte dies zu einer Nichtigkeit der zweiten Ehe.[5])

§ 23.

V. Schluß.

Das gefundene Resultat glauben wir um so mehr aufrechterhalten zu müssen, als sich bezüglich der Behandlung von Vermögensrechten Dritter und der Rechtsstellung der Kinder bei Annahme der Gültigkeit der ersten Ehe durchaus nicht ein unannehmbares Resultat ergibt.

Daß bezüglich der Rechtsgeschäfte der Frau, die sie nach der Scheidung vornahm, die Wirksamkeit Dritten gegenüber nicht in Zweifel gezogen werden kann, folgt daraus, daß Ver-

[5]) vgl. Bartels, Ehe und Verlöbnis S. 378ff.; Schulte, System des allgem. kath. Kirchenrechts S. 462ff.; Richter, Lehrb. des kath. und evang. Kirchenrechts S. 986ff.

mögensrechte Dritter bei der Durchführung der Rückwirkung zu schonen sind.

Zur Frage nach der Rechtsstellung der Kinder sei folgendes erwähnt:

Hat die geschiedene Ehefrau nach dem 302. Tage seit der Beendigung der Ehe geboren, so muß allerdings nach Aufhebung des Scheidungsurteils die Vermutung des § 1591 BGB. Anwendung finden, daß die Kinder ehelich sind. Dem Ehemann steht die Anfechtung der Ehelichkeit zu (§ 1594 BGB.). Es kann, weil das Gesetz eine derart weitgehende Vermutung statuiert, in seiner Anwendung auf den bestimmten Fall nichts Gesellschaftswidriges erblickt werden. Ungesunde Konsequenzen ergeben sich erst, wenn nach Aufhebung des Scheidungsurteils der Ehemann stirbt, ohne die Ehelichkeit angefochten zu haben. Ich sehe dann allerdings keinen Ausweg — auch nicht mit dem Grundsatz über die Grenzen der Rückwirkung, den Helbig (S. 73) anwenden will —, daß die Unehelichkeit nachträglicherweise herbeigeführt werden könnte.

Hat die Ehefrau zum zweiten Male geheiratet und wird diese Ehe mit Aufhebung des Scheidungsurteils ex tunc nichtig, so gelten Kinder, die in dieser Ehe geboren wurden, nicht als Kinder des ersten Ehegatten. Zugunsten der in einer nichtigen Ehe geborenen Kinder gilt die nichtige Ehe als wirksam (§ 1699 BGB.). Es sei auf das S. 45 Gesagte verwiesen, wo ausgeführt wurde, daß auch die nichtige Ehe bestehe, allerdings mit einem wesentlichen Mangel behaftet, der ihre Nichtigkeit herbeiführen kann. Auf die nach der Wiederverheiratung geborenen Kinder muß also der § 1591 BGB. angewandt werden.

Für die Frage nach der Ehelichkeit von Kindern, die nach der Wiederherstellung der früheren Ehe geboren sind, muß § 1600 BGB. analog herangezogen werden. Das Kind gilt, wenn es innerhalb 270 Tagen nach der Auflösung der zweiten Ehe geboren wird, als Kind des Ehegatten dieser Ehe, wird es später geboren, als Kind des Ehegatten der ersten wiederhergestellten Ehe (wie hier Nußbaum, Prozeßhandlungen S. 46).

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Siegmund Rabski, katholischer Konfession, wurde zu Miloslaw, Prov. Posen, als Sohn des Baumeisters Wladislaus Rabski am 18. Dezember 1885 geboren. Den ersten Unterricht erhielt ich im elterlichen Hause.

Vorgebildet am Mariengymnasium zu Posen, das ich nach neunjährigem Besuch Ostern 1904 verließ, studierte ich an den Universitäten Breslau und München sechs Semester Rechtswissenschaften.

Am 30. Januar 1908 bestand ich am Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 23. Juli das mündliche Doktorexamen.

Im Bezirke des Oberlandesgerichts Celle zum Vorbereitungsdienst als Referendar zugelassen, wurde ich dem Amtsgericht in Ahlden a. d. Aller überwiesen.